EDUARDO [illegible] PEREZ

MANUAL DE DERECHO CONSTITUCIONAL

DANIEL A. SABSAY

Colaboradoras

MARÍA B. ALLEGRETTO

MARÍA DEL CARMEN GARCÍA

LA LEY

Sabsay, Daniel Alberto

Manual de Derecho Constitucional. - 1a ed. - Buenos Aires: La Ley, 2011.
736 p.; 24x17 cm.

ISBN 978-987-03-2016-6

1. Derecho Público. I. Título

CDD 342

© Daniel Alberto Sabsay, 2011
© de esta edición, La Ley S.A.E. e I., 2011
Tucumán 1471 (C1050AAC) Buenos Aires
Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

Impreso en la Argentina

Todos los derechos reservados
Ninguna parte de esta obra puede ser reproducida
o transmitida en cualquier forma o por cualquier medio
electrónico o mecánico, incluyendo fotocopiado, grabación
o cualquier otro sistema de archivo y recuperación
de información, sin el previo permiso por escrito del editor y el autor.

Printed in Argentina

All rights reserved
No part of this work may be reproduced
or transmitted in any form or by any means,
electronic or mechanical, including photocopying and recording
or by any information storage or retrieval system,
without permission in writing from the publisher and the author.

Tirada: 800 ejemplares

I.S.B.N. 978-987-03-2016-6

S.A.P. 41186566

ARGENTINA

A la memoria de Sofía y Fernando.

Para Ana Paz, Theo y León.

Palabras preliminares

Esta obra es el resultado de las reflexiones sobre cuestiones institucionales a lo largo de varias décadas de docencia de derecho constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, como así también de mi actuación en la Fundación Ambiente y Recursos Naturales, organización no gubernamental dedicada a la materia ambiental y al desarrollo sustentable. También han sido útiles las entrevistas casi diarias de medios de comunicación dedicadas al repaso de la agenda institucional a través de la explicación de lo que va aconteciendo en el día a día de la agitada vida pública argentina. Por último, el ejercicio de la profesión en temas de derecho público me ha aportado otro abordaje a estos temas. Se trata de diferentes escenarios que me confrontan con visiones distintas pero dirigidas hacia metas comunes que se relacionan con el deseado fortalecimiento del Estado de Derecho. En un caso propio de la academia, en los otros desde el lobby cívico en sus diferentes vertientes o en la crónica periodística adaptada a la comprensión de todos o desde la consulta profesional y el acceso a la justicia.

En el desarrollo he puesto particular atención en aquellos temas que nos ocupan y nos preocupan en particular. Así ha ocurrido con la descentralización en el marco de nuestra forma de Estado federal, a la que le hemos dedicado tres capítulos ya que consideramos que, además de la teoría general del federalismo, debíamos analizar las bases del derecho público provincial y las características de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, nuevo nivel de gobierno a partir de la reforma de 1994. La forma de gobierno ha sido objeto de un análisis particular adonde hemos tratado de reflexionar planteando diferentes soluciones a nuestro presidencialismo. Los derechos de incidencia colectiva y la protección ambiental creemos que tienen una relevancia especial, pues su inclusión en los textos constitucionales a partir del último cuarto del siglo pasado opera de manera transversal transformando numerosos contenidos de las dos partes de la ley fundamental.

La emergencia como eje temático en sociedades como la nuestra importa una anomalía que de manera regular contradice los principios fundamentales del constitucionalismo, ya que cada vez que se recurre a

ella importa la no aplicación de una porción del texto constitucional. Por lo tanto merece una mirada atenta de parte del futuro profesional de la abogacía desde el principio de su formación, para que los nuevos hombres y mujeres del derecho analicen las soluciones que impidan que se perpetúe este fenómeno que tanto afecta la salud de las instituciones.

El derecho electoral y de los partidos políticos pese a que es analizado desde la Teoría del Estado debe verse reforzado desde el marco jurídico constitucional y legal pues se trata del primer peldaño en el que se sustenta el Estado de Derecho, y su falta de consolidación impide que se asiente la democracia en su conjunto. Así podríamos recorrer cada uno de los temas del derecho constitucional, pues el edificio institucional que éste aspira construir no se concibe sin la plena vigencia de los derechos y garantías fundamentales lo que necesariamente requiere de una autoridad organizada conforme al principio de separación de poderes, en la que la Justicia actúe con total independencia y que sus decisiones se cumplan.

Estamos convencidos de que la democracia es sin lugar a dudas el mejor de los sistemas para la plena realización de la existencia humana. Sus postulados son los del liberalismo político y su consagración ha permitido el mayor desarrollo humano dentro de un marco de tolerancia, libertad e igualdad que se haya conocido en la historia de la humanidad. Todos los regímenes que se han ensayado como alternativa a ella han fracasado y han sometido al hombre a dictaduras de variada índole en el seno de las cuales los gobernantes creyéndose "iluminados" han aplicado fórmulas que han derivado en el dolor y la desintegración de las respectivas sociedades.

En una sociedad democrática, formada al amparo de los dictados del constitucionalismo, el cumplimiento de determinados actos hace a su contenido y de ninguna manera importa la ejecución de meras formas que pueden ser desconocidas por quienes ocupan temporalmente el gobierno. Una Constitución es un gran dique de contención a toda voluntad hegemónica y por lo tanto su contenido se encuentra mejor preservado cuando la función de control funciona con mayor vigor. La aceptación de la ruptura sistemática entre lo que la Constitución dice y lo que los gobernantes hacen como pretexto para llevar a cabo un mejor gobierno, no sólo es una falacia que contradice su misma esencia, sino que importa el recurso a la razón de Estado del que se han valido los déspotas a lo largo de la historia.

El mejor antídoto contra los enemigos de la democracia radica en una fuerte conciencia de la comunidad en el valor de su vigencia como base para la protección de su dignidad y de sus derechos. El Estado de Derecho requiere de un cuidado permanente que sólo puede funcionar

cuando sus miembros actúan con la suficiente vigilancia como para permitir que se desactiven las conductas de quienes acechan contra su subsistencia. Este manual pretende convertirse en un pequeño aporte hacia el logro de ese objetivo. Su propósito trasciende la formación de los profesionales del derecho para erigirse en una herramienta para el fortalecimiento de la cultura ciudadana. La Constitución debe ser conocida por todos, de lo contrario es imposible que se la pueda defender adecuadamente y sobre todo impedir que nuestros derechos sean avasallados. Esperamos que estas páginas contribuyan a acelerar la demorada consolidación de nuestras instituciones.

Quiero agradecer especialmente la labor llevada a cabo por María Blanca Allegretto y María del Carmen García, quienes con su contribución me han estimulado permanentemente a seguir adelante y lograr la concreción de esta meta que hoy se ha hecho realidad.

DANIEL ALBERTO SABSAY

Buenos Aires, abril de 2011

Indice General

Palabras preliminares IX

Capítulo I
Derecho Constitucional

1. Derecho constitucional 1
   a) Concepto 1
   b) Contenido del derecho constitucional 5
   c) Tipos y clasificación de Constituciones 8
      i) Formales y materiales 8
      ii) Democráticas y autoritarias 9
      iii) Escritas y no escritas 10
      iv) Rígidas y flexibles 10
      v) Reglamentarias o analíticas y sintéticas o genéricas 11
   d) Constitucionalismo clásico y constitucionalismo social 12
   e) El constitucionalismo social en la Argentina 16
2. Interpretación de la Constitución, su especificidad 19
   a) Concepto 19
   b) Pautas para la interpretación constitucional 20
   c) Organos encargados de interpretar la Constitución 25
   d) Tipos de interpretación. El valor de los precedentes 25
3. El Preámbulo: concepto, comparación y valor 28

Bibliografía 31

Capítulo II
El Poder Constituyente

1. Teoría del poder constituyente 33
   a) Concepto de poder constituyente 35

Pág.

i) Poder constituyente originario y derivado 36
ii) Titulares del poder constituyente 37
b) El poder constituyente originario en nuestra organización nacional 38
c) Poder constituyente derivado o reformador. Ejercicio. Límites. El debate sobre las cláusulas pétreas 40
2. El artículo 30 y el procedimiento reformador 41
a) Antecedentes 42
b) Etapas del procedimiento constituyente 42
i) Etapa preconstituyente 43
ii) Declaración de la necesidad de la reforma 43
iii) Fijación de los alcances y convocatoria 44
iv) Etapa electoral 44
v) La Convención Nacional Constituyente Reformadora 45
3. Las reformas a nuestra Constitución Nacional 46
a) Reforma de 1860 46
b) La Convención Nacional de 1866 48
c) Reforma de 1898 48
d) Reforma de 1949 48
e) Reforma de 1957 49
f) Reforma de 1994 50
i) Referencia histórica 50
ii) La ley 24.309 53
4. Control judicial de la reforma constitucional 58
a) Cuestiones políticas no justiciables. Caso "Soria de Guerrero" 59
b) Proceso de formación de las leyes. Caso "Polino" 59
c) Actuación de los órganos políticos. Caso "Romero Feris" 61
d) Control de constitucionalidad de la reforma. Caso "Fayt" 63
Bibliografía 65

Capítulo III
Supremacía constitucional

1. El principio de supremacía de la Constitución 67
a) Supremacía del derecho federal 70
b) Jerarquía de los tratados internacionales 70
i) Situación anterior a la reforma 71
ii) La reforma de 1994 74

Pág.

c) Orden de prelación de las normas 74
d) Rango especial reservado para ciertos tratados atinentes a derechos humanos 75
e) Delegación de competencias a organizaciones supranacionales a través de tratados de integración 75
f) Interpretación conjunta de las nuevas disposiciones de la parte orgánica y de las de la "vieja" parte dogmática 77
2. Control de constitucionalidad 78
a) Diferentes sistemas 79
i) Control jurisdiccional 79
ii) Control político 80
b) Organo con competencia para declarar la inconstitucionalidad . 81
i) Control difuso 81
ii) Control concentrado 81
c) El sistema argentino 83
i) Requisitos 85
i.1) Existencia de caso o controversia 85
i.2) Petición de parte 86
i.3) Interés legítimo del peticionante 88
ii) Efectos 88
d) Cuestiones políticas no justiciables 89
Bibliografía 91

Capítulo IV
Derecho electoral y participación ciudadana

1. Evolución de los sistemas electorales en la República Argentina 93
2. Derecho electoral. Sufragio y régimen electoral 95
a) Sistema electoral y sistema político 97
b) Antecedentes a nivel internacional 97
c) Sistemas electorales 98
i) Circunscripciones uninominales 98
ii) Ley de lemas o doble voto acumulativo y simultáneo 100
iii) Voto de preferencia 101
iv) El ballottage 103
v) Primarias abiertas 103
d) La constitucionalización de los partidos políticos 104
i) La reglamentación de los partidos políticos 106
ii) Derecho constitucional comparado 106

Pág.

iii) Financiamiento de los *partidos políticos* 107
iv) Los partidos políticos en el derecho público argentino 109
v) Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires 110
vi) Constituciones provinciales 111
vii) Control sobre los partidos políticos 112
3. Participación - Formas semidirectas de democracia 112
a) La participación 113
b) Constitución Nacional 115
c) La reforma del '94 116
i) Iniciativa popular 117
ii) Consulta popular 119
d) La cuestión en la Ciudad de Buenos Aires 119
i) Audiencia pública 120
ii) Iniciativa legislativa 121
iii) Referéndum 122
iv) Consulta popular 124
v) Revocatoria 124
e) Derecho público provincial y municipal 125
f) Consideraciones finales 127
Bibliografía 128

CAPÍTULO V
EL ESTADO FEDERAL

1. La forma de Estado. El federalismo argentino 129
2. Comparación con el sistema federal de los Estados Unidos 131
a) Contexto general 131
b) Cuestiones relativas a la interpretación y aplicación del texto de la Constitución 132
c) Cuestiones de tipo histórico y cultural 133
d) Cuestiones relacionadas con el funcionamiento de los poderes políticos 134
3. Las modificaciones introducidas por la reforma constitucional de 1994 136
a) Consideraciones preliminares 136
b) Establecimientos de utilidad nacional 138
c) La región en nuestra Constitución 140
i) Concepto 140
ii) Potestades del gobierno federal 143
iii) Mecanismo institucional para la creación de las regiones 144

Pág.

d) Dominio de los recursos naturales y medio ambiente 145
e) Consideraciones finales 148
4. Relaciones entre el Estado Federal y las Provincias 150
a) Distribución de competencias 150
b) Tipos de competencias 151
i) Facultades delegadas 151
ii) Facultades concurrentes 152
iii) Facultades excepcionales de la Nación 152
iv) Facultades reservadas por las provincias 153
v) Facultades prohibidas a las provincias 153
vi) Facultades compartidas 153
5. Intervención federal 153
a) Concepto. Regulación constitucional 153
b) Iniciativa 154
c) Causas 154
d) Autoridad federal que declara la intervención 155
e) Efectos de la intervención 156
f) El interventor federal 156
i) Facultades 156
ii) Designación 157
iii) Naturaleza de sus actos 157
6. Régimen financiero de la Constitución 158
a) Distribución de competencias 158
b) Situación anterior a la reforma de 1994 158
c) La coparticipación federal. Consagración constitucional 160
d) Transferencia de competencias y control del sistema 162
e) Asignaciones específicas de recursos coparticipables 163
7. Postulados constitucionales de la tributación 163
a) Principio de legalidad 163
b) Principio general de igualdad 164
c) Principio de generalidad 167
Bibliografía 170

CAPÍTULO VI
DERECHO PÚBLICO PROVINCIAL

1. El poder constituyente de las provincias 171
a) La estructura del poder 174

Pág.

i) El Poder Ejecutivo 174
ii) El Poder Legislativo 175
b) Las relaciones Legislativo-Ejecutivo 177
c) Presencia del Gobernador en el Poder Legislativo 178
d) Trámite de urgencia 178
e) Decretos de necesidad y urgencia 179
e) Veto y promulgación parcial de leyes 179
f) Formas de control del Ejecutivo por parte del Legislativo 180
g) Las modificaciones al proceso de toma de decisión 180
i) Iniciativa legislativa 180
ii) Doble lectura 181
iii) Aprobación tácita de proyectos 181
iv) Aprobación de proyectos en comisión 181
v) Tratamiento especial de proyectos 182
vi) Clasificación de leyes 183
h) Organos de asesoramiento y consulta 183
i) Los nuevos mecanismos de control de la actividad de la administración 184
i) Organos de control externo 185
i.1) Tribunal de Cuentas 185
i.2) Fiscalía de Investigaciones Administrativas 185
ii) Organos de control interno 186
ii.1) Fiscal de Estado 186
ii.2) Contaduría general 186
ii.3) El Ombudsman 186
j) Obligación del Poder Ejecutivo de brindar información al Poder Legislativo 187
k) El sistema electoral 188
i) Con relación al Poder Ejecutivo 188
ii) Con relación al Poder Legislativo 189
2. Los tratados interprovinciales 192
a) El derecho aplicable a los tratados parciales 193
b) La reforma constitucional de 1994 y los tratados parciales 194
c) Observancia e interpretación 197
d) Consideraciones finales 198
3. Los municipios en el derecho público argentino 199
a) El régimen municipal en la Constitución Nacional 199
b) El régimen municipal en las Constituciones provinciales 203
Bibliografía 205

Pág.

CAPÍTULO VIII
LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

1. Situación jurídica luego de la reforma constitucional del '94 207
2. Características de la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires 209
a) Similitudes con las provincias 209
b) Diferencias con las provincias 210
i) Deslinde de competencias 210
ii) Participación de los estados provinciales 212
c) Alcance de la autonomía de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. 213
i) Poder Constituyente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires .. 213
ii) La naturaleza jurídica de la Ciudad en la doctrina nacional 215
iii) Facultades de la Ciudad de Buenos Aires en materia de legislación y de jurisdicción 216
3. El proceso de institucionalización de la Ciudad de Buenos Aires. Potestades de la ciudad 220
a) Etapas 220
i) La ley de garantías 221
ii) Facultades legislativas 222
4. La Constitución de la Ciudad de Buenos Aires 224
a) Consideraciones generales 224
i) El proceso constituyente 225
ii) La técnica legislativa utilizada 226
b) Comentarios sobre el articulado constitucional 226
i) Parte Dogmática 226
i.1) Democracia participativa 227
i.2) Derecho a un ambiente sano 231
i.3) Igualdad entre personas varones y mujeres 233
i.4) Garantías 235
i.5) Políticas especiales 238
i.6) Derechos del consumidor 239
ii) Parte Orgánica 240
ii.1) Poder Ejecutivo 240
ii.2) Poder Legislativo 242
ii.3) Poder Judicial 244
c) Situación actual del Poder Judicial en la Ciudad de Buenos Aires. 247
d) Consideraciones finales 249
Bibliografía 249

Pág.

CAPÍTULO VIII
LA PARTE DOGMÁTICA DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

1. Nociones generales 251
2. Constitucionalismo y derechos 252
   a) Constitucionalismo clásico 254
   b) Constitucionalismo social 255
   c) Los derechos de incidencia colectiva y una nueva etapa del constitucionalismo 257
   d) El derecho internacional de los derechos humanos 259
      i) Evolución y contenido 259
      ii) Recepción constitucional 261
3. El nuevo "techo ideológico" de la Constitución Nacional 262
4. Reglamentación de los derechos 264
   a) Principio de relatividad 264
   b) Principio de legalidad 265
   c) Principio de razonabilidad 267
5. Poder de policía 274
   a) Poder de policía en sentido amplio y en sentido estricto 274
   b) Distribución del poder de policía en el territorio 276

Bibliografía 278

CAPÍTULO IX
LIBERTAD Y SEGURIDAD JURÍDICA

1. Las garantías de la libertad y de la seguridad jurídica 279
   a) Introducción 279
   b) Principios constitucionales. Garantías del debido proceso 281
      i) El derecho a la jurisdicción 281
      ii) Juicio previo 282
      iii) El *principio de legalidad en materia penal* 283
         iii.1) Concepto 283
         iii.2) Principio de irretroactividad de la ley penal 285
         iii.3) Principio de retroactividad de la ley penal más benigna . 285
         iii.4) La delegación legislativa en materia penal 286
      iv) Juez natural y comisiones especiales 286
      v) Inviolabilidad de la defensa en juicio 288

Pág.

      vi) Otras garantías de jerarquía constitucional 289
         vi.1) *Non bis in idem* 289
         vi.2) Doble instancia 290
   c) El modelo de enjuiciamiento diagramado por la Constitución Nacional 291
      i) Separación entre juez y acusación 292
      ii) Necesidad de que exista acusación 293
      iii) Imparcialidad 293
2. La igualdad ante la ley 295
   a) Interpretación judicial 296
   b) El principio de no discriminación 297
   c) Criterios discriminatorios expresamente vedados por la Constitución 299
   d) Las acciones positivas 301
3. Libertad religiosa y de conciencia 303
   a) La libertad de cultos 304
   b) La libertad de conciencia 306
   c) Relación del Estado argentino con la Iglesia Católica 307
      i) Distintos sistemas 307
      ii) Interpretación judicial 308
      iii) Evolución constitucional 309

Bibliografía 310

CAPÍTULO X
OTROS DERECHOS

1. Libertad de expresión y de prensa 313
   a) Concepto y contenido 316
   b) El artículo 32 de la CN 319
      i) Leyes que restrinjan la libertad de imprenta 319
         i.1) Primera etapa 319
         i.2) Segunda etapa ("Ramos c. Batalla") 320
      ii) Jurisdicción federal 321
   c) Prohibición de censura previa 321
      i) Censura directa 321
      ii) Censura indirecta 322
   d) Evolución del concepto de libertad de expresión a través de los fallos de la Corte 323
      i) Responsabilidad ulterior 323

Pág.

ii) Información falsa que proviene de una fuente 324
iii) Doctrina de la real malicia 325
e) Derecho de réplica 328
f) Secreto de las fuentes de información 329
g) Internet 329
2. Derecho de propiedad 330
a) Situación en nuestro derecho constitucional 332
b) La inviolabilidad de la propiedad 333
c) Necesidad de expropiación 333
d) Utilidad pública 333
e) Indemnización previa 334
f) Sentencia judicial 335
3. Los derechos sociales 335
a) El artículo 14 bis 335
i) Primer párrafo 335
ii) Segundo párrafo 336
ii.1) El derecho de huelga 338
ii.2) Los convenios colectivos de trabajo 339
ii.3) Conciliación y arbitraje 340
iii) Tercer párrafo 340
iii.1) Seguro social, las jubilaciones y pensiones y su interpretación 341
iii.2) La movilidad de las prestaciones jubilatorias 341
b) El artículo 14 bis y la reforma de 1994 346
4. Los derechos de incidencia colectiva 347
a) El derecho a un ambiente sano 347
i) La sustentabilidad del desarrollo 347
ii) Principales reformas en el derecho público argentino nacional y provincial 350
iii) El desarrollo humano como valor 351
iv) Participación y desarrollo sustentable 352
v) Federalismo y ambiente 352
vi) Interpretación judicial 355
Caso "Roca Magdalena c. Provincia de Buenos Aires" 355
Caso "LITSA c. Provincia de Corrientes" 356
Caso "Lubricentro Belgrano" 357
Caso "Mendoza" 357
vii) El medio ambiente en el derecho público provincial 358
viii) Conclusiones 360

Pág.

b) Derechos de consumidores y usuarios 361
Bibliografía 362

CAPÍTULO XI
GARANTÍAS

1. Las garantías, diversas acepciones, relaciones entre derechos y garantías 365
a) Introducción 365
b) Garantías institucionales 366
c) Garantías personales 366
2. Hábeas corpus 367
a) Antecedentes 368
b) Relación entre el estado de emergencia previsto en el art. 23 de la Constitución y el hábeas corpus 369
c) Caso "Verbitsky Horacio s/amparo" 369
d) Interpretación de los diversos párrafos del art. 43 370
3. Amparo 373
a) Consagración y evolución en el derecho argentino 373
i) Antecedentes 373
ii) Evolución en nuestro derecho 374
iii) Cambios producidos por la reforma constitucional del '94 375
iv) Alcance 376
v) Competencia del juez 376
vi) La ley 16.986 luego de la reforma constitucional 377
vii) El "amparo colectivo" 378
vii.1) El "afectado" 380
vii.2) Defensor del Pueblo 381
vii.3) Asociaciones registradas 381
viii) Cuadro comparativo: amparo individual y colectivo 384
ix) La experiencia en el campo del medio ambiente 385
ix.1) "Schroder, Juan c. Estado Nacional, Secretaría de Recursos Naturales s/amparo" 385
ix.2) "Seiler, Maria Leticia c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo" 387
ix.3) "Moro, Carlos Emilio y otros c. Municipalidad de Paraná s/ amparo" 387
ix.4) "Viceconte, Mariela c. Estado Nacional Ministerio de Salud y Acción Social s/amparo ley 16.986" 388

Pág.

x) Amparo colectivo y discriminación 390
xi) Instrumento para la aplicación de los tratados internacionales 393
xii) El amparo colectivo como componente de la democracia participativa 394
4. Hábeas data 397
a) Antecedentes 398
b) En nuestro texto constitucional 399
c) Caso "Urteaga" 400
d) La ley 25.326 400
Bibliografía 401

CAPÍTULO XII
SITUACIONES DE EMERGENCIA

1. Situaciones de emergencia 403
Distintas clases de emergencia 404
2. Estado de sitio 405
a) Origen 405
b) Finalidad 406
c) Normativa constitucional 407
i) Causas que lo autorizan 408
ii) Organo que lo declara 408
iii) Límites de espacio y tiempo 409
iv) La restricción de los derechos y las facultades judiciales de revisión 409
v) Facultades del Presidente 411
vi) El derecho de opción 412
3. Doctrina de la emergencia económica. Evolución jurisprudencial 413
4. Prohibiciones del artículo 29 de la Constitución 418
a) Institutos prohibidos 419
b) Efectos de los actos incriminados 419
i) Nulidad insanable 419
ii) Los poderes tiránicos 420
5. La defensa del orden democrático 420
a) Delitos constitucionales 422
b) El derecho de resistencia 423
c) Delito doloso contra el Estado 424
d) Etica pública 425
Bibliografía 427

Pág.

CAPÍTULO XIII
FORMAS DE GOBIERNO

Introducción 429
1. Diferentes formas de democracia 430
a) Presidencialismo 432
b) Parlamentarismo 433
c) Semipresidencialismo 434
2. El modelo de los Estados Unidos de América 435
3. Deficiencias del sistema de gobierno latinoamericano 438
4. Experiencias de reformas al presidencialismo 444
a) Latinoamérica 444
b) Derecho público provincial 446
5. El Jefe de Gabinete y los ministros 447
a) Los ministros en el presidencialismo argentino 447
b) Perfil institucional del Jefe de Gabinete. Caracterización 448
c) Nombramiento y remoción 449
d) Moción de censura 449
e) Atribuciones 450
f) El gabinete de ministros 453
g) Balance de la figura 453
h) Reglamentación 454
6. Consideraciones finales 456
Bibliografía 459

CAPÍTULO XIV
PODER LEGISLATIVO

1. Importancia del órgano 461
2. Estructura y composición 463
a) Diputados 465
i) Condiciones para ser elegido, duración de los mandatos. Suplentes 465
ii) Forma de elección. Cantidad de bancas 465
b) Senadores 467
i) Requisitos para ser elegido senador. Duración del mandato 467
ii) Cantidad de bancas. Forma de elección 468
iii) La Cláusula Transitoria Cuarta 472

Pág.
k) Cláusulas programáticas y de interpretación (art. 75, incs. 18 y 19) 529
l) Poderes implícitos (art. 75, inc. 32) 530
Bibliografía 531

CAPÍTULO XVI
PODER EJECUTIVO
PRIMERA PARTE

1. Estructura. Integración 533
a) Requisitos para ser elegido Presidente y Vicepresidente 536
b) Sueldo 538
c) Duración del mandato. Reelección 538
i) Derecho comparado 540
i.1) Estados Unidos de América 540
i.2) Derecho público latinoamericano 541
i.3) Derecho público provincial 544
i.4) Europa Oriental 544
ii) La limitación temporal y la titularidad del Poder Ejecutivo 545
2. Forma de elección y forma de designación 547
a) Antecedentes 547
b) Sistema actual 549
c) La doble vuelta 549
i) Concepto 549
ii) Características y consecuencias de su aplicación 549
iii) Experiencia argentina anterior a la reforma de 1994 550
iv) El sistema incorporado a la Constitución 551
v) Omisiones del texto constitucional 553
vi) Disposiciones de la ley 24.444 553
3. El Vicepresidente. Funciones 554
a) El antecedente estadounidense 555
i) El papel del Vicepresidente 557
ii) La sucesión del Vicepresidente 558
b) Experiencias en América Latina 559
i) Cantidad de Vicepresidentes 559
ii) Funciones del Vicepresidente 561
iii) Acefalía vicepresidencial 562
c) El derecho público provincial 563
d) Conclusiones 564

Pág.
4. Acefalía del Poder Ejecutivo 565
a) Acefalía parcial y temporaria 566
b) Acefalía total y permanente 566
c) Omisiones 568
d) Necesidad de reforma 569
Bibliografía 569

CAPÍTULO XVII
PODER EJECUTIVO
SEGUNDA PARTE

1. Competencia del Poder Ejecutivo 571
a) Alcance general 572
b) Jefaturas del Presidente 572
c) Poderes colegislativos 574
2. Poder reglamentario 575
a) Introducción 575
b) Tipos de decretos 576
i) Decretos autónomos 576
ii) Decretos de ejecución 576
iii) Decretos de necesidad y urgencia 577
iii.1) Antecedentes. Derecho comparado 578
iii.2) Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación 583
iv) Decretos delegados 592
iv.1) La delegación legislativa en la Constitución Nacional 593
iv.2) La cuestión en el derecho comparado y en las Constituciones provinciales 594
iv.3) Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación 596
v) Decretos de promulgación parcial de leyes 601
v.1) Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación 603
c) Control por el Congreso de los decretos de naturaleza legislativa 605
3. Organos de control 608
a) Auditoría General de la Nación 608
b) El Defensor del Pueblo 610
i) La reforma constitucional de 1994 612
ii) Interpretación jurisprudencial 612
Bibliografía 616

Pág.

CAPÍTULO XVIII
PODER JUDICIAL
PRIMERA PARTE

1. El Poder Judicial en la teoría de la división de poderes 617
   a) El Poder Judicial en la Constitución Nacional 620
      i) Composición del Poder Judicial 620
   b) El doble orden de jurisdicción, federal y local 621
2. La Corte Suprema de Justicia de la Nación 623
   a) Papel institucional y funciones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación 624
      i) Reglamento interno 625
      ii) Presidente 626
      iii) Requisitos para ser miembro de la Corte Suprema 626
   b) Status constitucional de los jueces 627
      i) Inamovilidad 628
      ii) Intangibilidad de las remuneraciones de los magistrados 629
      iii) Inmunidades penales 630
      iv) Otras garantías 631
3. La reforma de 1994 y la creación del Consejo de la Magistratura y el Jurado de Enjuiciamiento 632
   a) Sistema de elección de jueces 637
      i) Sistemas comparados 639
      ii) Derecho público provincial 640
4. Consejo de la Magistratura 641
   a) Ubicación institucional. Características 641
      i) Composición: requisitos, remoción 642
      ii) Integración 643
      iii) Requisitos para ser miembro del Consejo de la Magistratura, duración del mandato, presidencia 645
   b) Funcionamiento, competencias 645
   c) La reforma del Consejo de la Magistratura (ley 26.080) 648
      i) Antecedentes 648
      ii) Principales reformas 650
      iii) Análisis de la reforma 652
         iii.1) La noción de equilibrio 652
         iii.2) La exclusión de un académico y del presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación 656
         iii.3) La posibilidad de rechazo de la terna por el Senado 657

Pág.

         iii.4) El plazo de caducidad de las denuncias contra los magistrados que implican sanciones disciplinarias 658
      iv) Conclusiones 660
5. La remoción de los magistrados. El Jurado de Enjuiciamiento 662
   a) El art. 115 de la Constitución Nacional. Leyes 24.937 y 26.080 664

Bibliografía 666

CAPÍTULO XIX
PODER JUDICIAL
SEGUNDA PARTE

1. Competencia de la justicia federal 669
   a) Nociones generales 669
   b) Distribución de la competencia federal 670
      i) Competencia federal en razón de la materia 671
      ii) Competencia federal en razón de las personas 674
      iii) Competencia federal en razón del territorio 676
   c) Concepto de "caso" o causa sujeta al conocimiento de la justicia . 677
   d) Aplicación del derecho común 680
      i) Omisión de mencionar a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires 681
      ii) Atribución de naturaleza federal a normas de derecho común 682
2. Competencia de la Corte Suprema de Justicia 683
   a) Nociones generales 683
   b) Competencia por apelación 684
      i) Competencia apelada ordinaria 684
      ii) El Recurso Extraordinario Federal 685
      iii) Acordada 4/2007 689
      iv) *Certiorari* 690
   c) Competencia originaria y exclusiva 691
      i) Casos en que una provincia es parte 693
      ii) Casos concernientes a embajadores y otros agentes diplomáticos 694
3. Ministerio Público 695
   a) Concepto - Ubicación 695
   b) Función y actuación 697
   c) Composición 700
   d) Designación y remoción de sus integrantes 701
   e) Inmunidades 702
   f) Autarquía financiera 702

Bibliografía 703

CAPÍTULO I

DERECHO CONSTITUCIONAL

SUMARIO: 1. Derecho constitucional. a) Concepto. b) Contenido del derecho constitucional. c) Tipos y clasificación de Constituciones. i) Formales y materiales. ii) Democráticas y autoritarias. iii) Escritas y no escritas. iv) Rígidas y flexibles. v) Reglamentarias o analíticas y sintéticas o genéricas. d) Constitucionalismo clásico y constitucionalismo social. e) El constitucionalismo social en la Argentina.— 2. Interpretación de la Constitución, su especificidad. a) Concepto. b) Pautas para la interpretación constitucional. c) Organos encargados de interpretar la Constitución. d) Tipos de interpretación. El valor de los precedentes.— 3. El Preámbulo: concepto, comparación y valor.— Bibliografía.

1. DERECHO CONSTITUCIONAL

a) Concepto

El derecho constitucional es el producto de un movimiento de ideas que se desarrolla en Europa, principalmente en Francia a lo largo del Siglo XVIII. Se trata de la rama del derecho que apunta a la organización del poder en el Estado con especial empeño en el resguardo del espacio de libertad de la sociedad. Así, regula las relaciones entre éste y los particulares y las que se suscitan en su interior entre los distintos titulares del poder estatal. "Las normas del Derecho Constitucional se definen por su objeto: serían las normas que regulan las materias directamente vinculadas a la garantía básica de la libertad. Y se destacan dos tipos de normas como 'naturalmente' integradas en el Derecho Constitucional: las que reconocen y garantizan los derechos individuales, y las que organizan los poderes básicos del Estado"[1].

Su contenido está basado en la ideología de diferentes movimientos como el Iluminismo y el Enciclopedismo, que se desarrollaron como una

---

(1) LÓPEZ GUERRA, LUIS, *Introducción al Derecho Constitucional*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1994, p. 19.

reacción contra la monarquía absoluta, forma de gobierno imperante en esos tiempos en aquellas latitudes. Fue precisamente en este ideario en el que abrevaron las revoluciones inglesa, francesa y norteamericana, las que permitieron plasmar en la práctica gubernamental los postulados del constitucionalismo —voz que engloba al movimiento que desde la teoría desarrolló estos nuevos conceptos—.

Al constitucionalismo se le debe la marcha hacia la democracia representativa que se denominó república, por oposición a la democracia directa practicada en la Atenas del Siglo de Pericles (V, a. d. C.). Las características de la nueva organización del poder democrático pueden ser descriptas por oposición al totalitarismo. En efecto, cada uno de los rasgos que definen a una comunidad políticamente organizada, se presenta en uno y otro sistema de manera exactamente opuesta. En el totalitarismo el acceso al poder se ve legitimado por el ejercicio de la fuerza, quien por utilización de la misma puede hacerse del gobierno y permanecer en él; y sólo por ello queda reconocido como su titular. En una república democrática, la situación es totalmente diferente. Quien pretende ser autoridad debe tener como soporte el pronunciamiento favorable del pueblo expresado a través del sufragio, el que se sustenta en la celebración de elecciones de conformidad con las modalidades contenidas en la legislación electoral. Esta práctica para ser válida, requiere a su vez de otras notas que también deben estar presentes, que tienen que ver con los requisitos para poder sufragar (sufragio activo) o ser votado (sufragio pasivo); de esta manera irrumpimos en la esfera de los derechos políticos, una de las categorías de libertades públicas. En suma, se trata de un entramado, rigurosamente delineado en normas jurídicas obligatorias que apuntan a dar valor al principio de legalidad. Ello, en tanto y cuanto todos estos requisitos deben estar contemplados en normas jurídicas obligatorias que han sido sancionadas con anterioridad por el Poder Legislativo.

Recurrimos a Midón quien define al derecho constitucional "como la ciencia que estudia los fenómenos políticos juridizados, en tanto y cuanto dichos fenómenos apuntan a organizar el poder y sus relaciones con las libertades"[2]. Se trata de una definición sencilla que resalta los dos aspectos a que nos venimos refiriendo y que es en torno a ellos que se llevan a cabo los desarrollos jurídicos que elabora el constitucionalismo. Este encuadramiento jurídico de la política de la que nos habla el autor, es un intento de capturar a través de reglas una dinámica por demás escurridiza y cambiante. Esta empresa tiene por gran objetivo el resguardo de las libertades, el respeto de la persona humana, el intento de impedir

(2) MIDÓN, MARIO, *Manual de Derecho Constitucional Argentino,* 2ª ed., Buenos Aires, 2004.

que la autoridad traspase los límites impuestos en normas jurídicas, tornando imposible que se transforme en un déspota.

El constitucionalismo marca un verdadero hito en la organización del poder estatal y en la relación entre gobernantes y gobernados. Ello es así como resultado del traslado de la titularidad de la soberanía del soberano (gobernante, en aquel entonces el monarca) al pueblo, integrado por los gobernados, es decir el cuerpo electoral o electorado. Este giro fundamental en la historia del ejercicio del poder importa para los gobernados el paso de la categoría de meros súbditos a legítimos detentadores del poder y titulares de derechos humanos. Es a través del ejercicio de estos derechos que los gobernados les transfieren el poder a los gobernantes, y éstos les deben rendir cuentas de su desempeño, ya que son sus representantes y gobiernan en nombre de ellos.

La evolución del constitucionalismo se ha visto caracterizada por el acrecentamiento del número de derechos que a través de diferentes categorías se van agregando en cada una de las etapas que van jalonando su historia. El reconocimiento de prerrogativas inalienables a favor de las personas, que configuran una esfera intangible a su favor, ha sido uno de los acontecimientos más importantes en la historia de la humanidad. Se trata de honrar la dignidad del hombre y de proteger sus diferentes manifestaciones y relaciones dentro de una órbita que no puede ser invadida por actos provenientes de la actividad de los gobernantes. Esto así, estamos frente a la primera forma de división del poder, dado que quedan definidas las áreas de actuación de gobernados y de gobernantes, marcando la primera gran limitación para estos últimos y una garantía institucional fundamental para los primeros. La competencia de los diferentes órganos de gobierno es excepcional y resulta de la clara definición de su respectiva esfera de facultades contemplada en la Constitución del Estado que es su Ley Fundamental.

Así las cosas, queda definido el denominado Estado de Derecho, modalidad caracterizada por la configuración de marcos jurídicos que condicionan la actividad de los gobernantes, antes de que éstos se conviertan en autoridad, en aras de tornar previsible el ejercicio del poder y brindándose seguridad jurídica a la comunidad toda. El gran objetivo de esta construcción consiste en el logro de un gobierno limitado, basado en lo que establece una Constitución, Ley Fundamental de la República. En efecto, dada su supremacía, ella es el fundamento de validez de todas las normas que se dicten en consecuencia en un determinado ordenamiento jurídico. Así, todo instrumento jurídico que en lo sucesivo la contradiga será declarado nulo por ser inconstitucional.

Todo programa de derecho constitucional contiene los diferentes elementos que configuran el Estado de Derecho, comenzando por sus

principios, para pasar luego a desarrollar los derechos fundamentales y sus garantías, y la organización del poder tanto vertical como horizontal (formas de Estado y de gobierno). El sistema democrático de gobierno se sustenta en una relación particular entre poder y derecho, es así como se construye el Estado de Derecho. El derecho es una presencia esencial para la democracia ya que comprende a todos sus elementos, y a las relaciones que los mismos suscitan de conformidad con una nota común a todos: el sometimiento al marco jurídico positivo. Queda a cargo de los magistrados la dificilísima tarea de asegurar que el imperio de la ley rija en toda circunstancia y ante todo, imponer los contenidos contemplados en el marco constitucional y legal vigente en el país. El constitucionalismo ha previsto para el buen funcionamiento de la democracia una serie de requisitos que se agrupan de manera sistémica. Cuando las instituciones de un país se comportan de conformidad con dicho orden se puede afirmar que allí se ha logrado una calidad institucional que se compadece con las pautas del Estado de Derecho.

Como ya ha quedado expresado, la limitación en el ejercicio del poder es el elemento medular de esta rama del derecho, ya que permite que se plasme el objetivo principal que persigue esta rama jurídica. Así lo entendieron los grandes pensadores que brindaron sus bases. Lord Acton[3] sostenía que "el poder tiende a corromper, el poder absoluto corrompe completamente". Sin lugar a dudas, Montesquieu[4] coincide con esta apreciación cuando en "El Espíritu de las Leyes" manifiesta que es necesario por la fuerza de las cosas que el poder detenga al poder. Luego Hamilton[5], al finalizar la actividad de la Convención constituyente de Filadelfia (1787) con la sanción de la Constitución de los Estados Unidos de América, sostendría exultante que a partir de ese momento quienes gobernarían serían las instituciones y no los hombres. Tamaña construcción habla del gran idealismo que anidaba en quienes fueron sus pensadores. No obstante ello, también fueron pragmáticos a la hora de establecer las técnicas y principios que servirían en lo sucesivo como diques de contención a las tentaciones autoritarias de los gobernantes.

En este orden de cosas, el principio de separación de poderes es la clave de la organización del gobierno e importa a través de la división

(3) JOHN EMERICH EDGARD DAHLBERG ACTON, historiador (1834-1902). Sus obras ponen de manifiesto su preocupación por la relación entre la historia, la religión y la libertad.

(4) *Del espíritu de las leyes*, publicado en Ginebra en 1748, obra en la cual MONTESQUIEU desarrolla principalmente sus teorías de la ley y de la separación de los poderes.

(5) ALEXANDER HAMILTON fue además de convencional constituyente, el autor junto a MADISON y JAY de *El Federalista* (1787/8), comentario de la flamante Constitución de los Estados Unidos de América, compendio de una serie de artículos publicados en diarios de Nueva York que tuvieron gran influencia en el proceso de ratificación de la misma.

de competencias entre diferentes órganos, la aspiración de lograr que en toda ocasión puedan anteponerse controles oportunos a los actos inconstitucionales de las autoridades. Se trata entonces de un sistema de frenos y contrapesos, como lo ha dado en llamar el derecho constitucional estadounidense que se constituyen en garantías institucionales de protección del Estado de Derecho. Por ello se habla de una función de control que en definitiva es la primordial para el correcto funcionamiento del sistema en su conjunto.

b) *Contenido del derecho constitucional*

El derecho constitucional se ocupa por una parte de los aspectos vinculados con la protección de los derechos humanos. En ese sentido los define, desarrolla las garantías necesarias para lograr su efectiva vigencia. Asimismo, expone los diferentes principios que inspiran a esta rama del derecho. Entre ellos, el de legalidad, de razonabilidad, de igualdad, de supremacía constitucional. También define las características de la organización del poder en el gobierno y en el territorio; esto es, las formas de gobierno y de Estado, respectivamente, junto a otros aspectos fundamentales de la organización estatal, como es por ejemplo la relación entre la Iglesia y el Estado. Todas estas cuestiones conforman la primera parte de una Constitución del Estado de Derecho, conocida con el nombre de dogmática o doctrinaria. En ella también pueden hallarse las instituciones de emergencia, como el estado de sitio o la intervención federal.

Pero, el derecho constitucional, tal como ha quedado esbozado en el punto anterior, se ocupa de otra órbita, la relativa a la organización del poder. Estos contenidos integran la segunda parte de una Constitución y se refieren a la construcción horizontal —forma de gobierno— y vertical —forma de Estado— del poder. La forma de gobierno alude a la estructura gubernativa, la que en una democracia admite ciertas variantes, pero dentro de un modelo en el cual no pueden estar ausentes los elementos fundamentales del Estado de Derecho, de lo contrario no estaríamos frente a una forma de gobierno de la democracia. Dentro de esta esfera de contenidos se definen: la competencia, composición, organización interna y las relaciones entre los poderes, junto a las modalidades de acceso a los mismos, tiempo de duración de los mandatos de sus titulares, controles intra y extraorgánicos. La forma de Estado refiere a la organización del poder en el territorio y gira en torno al tipo y alcance de la descentralización del mismo dentro del elemento espacial del Estado, en el caso argentino existen tres niveles de autonomía territorial; las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los municipios. La Nación o Estado federal es el titular de la soberanía territorial y por ende

el nivel superior de gobierno, dentro de un esquema de distribución de competencias contempladas en la Constitución. Todas estas cuestiones que acabamos de mencionar integran la parte orgánica de la Constitución o "Constitución del poder", como la denomina Bidart Campos.

El derecho constitucional también abarca a las modalidades a través de las cuales puede llevarse a cabo la modificación de las cláusulas constitucionales, es decir el poder constituyente reformador o derivado, por oposición al originario que es el que tuvo a su cargo la primera redacción de la Constitución. El régimen financiero del Estado es otra cuestión de relevancia que condiciona al sistema político y que se ocupa de los recursos materiales, del presupuesto, entre otros puntos. La Ley Fundamental de un país debe definir el modelo general del Estado. En este sentido, el derecho constitucional debe necesariamente aportar una serie de principios, de metas, de valores que se integrarán al texto de la Constitución. Se trata de un conglomerado de cláusulas, muchas de ellas programáticas, que se encuentran en el preámbulo y en otras partes de la Ley Fundamental. La Constitución argentina contiene entre las prerrogativas del Congreso de la Nación dos incisos conocidos como cláusulas del progreso y del progreso social, respectivamente. Nos referimos al art. 75, incs. 18 y 19 CN, ellos condensan una serie de aspiraciones, aspectos axiológicos, objetivos, que operan como una suerte de faro para el legislador, al momento de trabajar en la sanción de las leyes. En ellas deben estar presentes estas cuestiones. Es más, en realidad la labor legislativa deberá ocuparse de elaborar entre sus normas a las susceptibles de permitir que se concreten los postulados que contienen las mencionadas cláusulas tratando en todo momento que no se opongan a ellos. Las disposiciones a que hemos hecho referencia constituyen a su vez un importante elemento de auxilio para los jueces, a la hora de interpretar a la Constitución en la dilucidación de los conflictos que les toca resolver.

El derecho constitucional de un país no se limita a lo estipulado en su Constitución. En realidad este es un aspecto fundamental del mismo que *aspira a ser excluyente. Sin embargo, no es posible aislarlo de la realidad* de los hechos, de la dimensión sociológica, dada por las conductas de los diferentes actores en relación con el cumplimiento de la Constitución. Desde esta óptica se considera que existe un derecho constitucional formal que está conformado por el texto de la Constitución, es la "hoja de papel" a que aludía Sieyès[6]; junto a un derecho constitucional material que se compone por esa otra esfera mencionada que tiene que ver con la aplicación efectiva de la ley suprema en los hechos. "La Constitución material puede coincidir con la Constitución formal. Ello, acontece cuando la Constitución formal tiene vigencia sociológica, funciona, y se aplica.

(6) Político, escritor y eclesiástico francés (1748/1836).

La Constitución material puede no coincidir con la Constitución formal en todo o en parte. Ello acontece cuando la Constitución formal, total o parcialmente, no tiene vigencia sociológica, ni funciona, si se aplica"[7].

El derecho constitucional nacional argentino está contenido en el texto de nuestra Constitución, los tratados internacionales de derechos humanos aludidos en el art. 75, inc. 22 CN, tanto los expresamente mencionados que tienen jerarquía constitucional, como los que han logrado el mismo status a través del procedimiento de aprobación que esa disposición prevé, y demás convenios internacionales ratificados por la Argentina que en razón de su objeto también lo integran. Además, son parte de nuestro derecho constitucional todas las leyes que desarrollan el texto de la Constitución. Así ocurre con las leyes electorales, de partidos políticos, de organización del Consejo de la Magistratura y del Jurado de Enjuiciamiento, de la Auditoría General de la Nación, del Ministerio Público, entre muchas otras. Se trata de leyes de contenido constitucional que operan como medidas que reglamentan lo estipulado en la Constitución en los aspectos sobre los que ellas tratan. No debemos olvidar que la Constitución determina los grandes marcos jurídicos, luego es el legislador el que los debe desarrollar e ir actualizando según las necesidades que va marcando el paso del tiempo. Se trata de medidas indispensables para integrar el régimen de aquellos institutos previstos en la Ley Fundamental que así lo requieren. Además, a través del tiempo es probable que resulte necesaria la puesta al día de esaš instituciones.

La actividad de los jueces con el dictado de las sentencias constituye otra fuente del derecho constitucional que es la derivada de la jurisprudencia de los tribunales. Los fallos de los magistrados completan lo estipulado en la Constitución y en las leyes, al momento de resolver los casos que se someten a su decisión. Coincidimos con Jiménez en considerar que "el derecho constitucional, resulta ser la rama del derecho público que se ocupa del estudio del Sistema Constitucional, integrado por las normas jusfundamentales que se refieren a la estructura del Estado, a la organización y la competencia de los poderes de gobierno y a los derechos, garantías y obligaciones individuales y colectivos, así como las instituciones que los garantizan, como asimismo la jurisprudencia, doctrina, práctica, usos y costumbres que asientan su aplicabilidad"[8]. Esta definición redondea claramente los diferentes aspectos que integran al derecho constitucional de un país.

(7) BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Manual de la Constitución Reformada*, t. I, Ediar, Buenos Aires, 1998, p. 277.

(8) JIMÉNEZ, EDUARDO P., *Derecho Constitucional Argentino*, t. I, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 24.

El derecho constitucional encierra bajo su fuerte humanismo una clara voluntad de protección de las personas, entronizándolas en el centro de sus construcciones, bajo reglas que importan la racionalización del poder. En base a ello se aspira a la concreción de un conjunto de principios, que se complementan con técnicas en aras del ejercicio racional de la autoridad. El logro de eficacia en el cumplimiento del sistema que de esa construcción se deriva depende de la existencia de una cultura fundada en la convicción de parte de todos los actores, de que el mismo redundará en claros beneficios para todos ellos. Esto exige una permanente vigilancia que posibilite que las diferentes normas sean respetadas. Si se analiza el contenido básico de toda cláusula constitucional se comprueba que siempre encierra algún tipo de atribución de competencia. De lo que se trata es que la misma sea ejercida por el destinatario contemplado por el constituyente, y esto exige de un fuerte contralor que no se limita con la edificación de sofisticados institutos, requiere ante todo de la observancia de una fuerte toma de conciencia de parte de todos los integrantes de la comunidad, sobre la obligatoriedad de las normas en general y del edificio constitucional en particular. Así, serán los propios recipiendiarios quienes en todo momento velarán por su efectiva vigencia.

c) Tipos y clasificación de Constituciones

Existen diferentes clasificaciones de las Constituciones en función de diversos criterios diferenciadores, los que nos permiten reconocer diferentes tipos de Constituciones. Este punto no sólo satisface necesidades de origen académico, sino que su desarrollo contribuye al mejor conocimiento del instrumento en el que se plasman sus contenidos. Tomaremos aquellas categorías que a nuestro entender cumplen con este doble cometido.

i) Formales y materiales

En el punto anterior ya hemos anticipado esta primera clasificación. Es decir la que tiene que ver por un lado con la efectiva vigencia de la Constitución, pero que asimismo señala que al derecho constitucional escrito se le agregan una cantidad de contenidos provenientes del campo de los comportamientos. Es decir, de la costumbre constitucional. Hay capítulos del derecho constitucional en los cuales la influencia de lo fáctico es muy fuerte, tiene que ver a veces con modalidades propias de un determinado temperamento, de una cultura política. Por caso, el funcionamiento interno de los poderes origina una serie de reglas que

tienen que ver con lo que se viene de señalar. El denominado derecho parlamentario que define las modalidades que hacen al funcionamiento interno del Poder Legislativo deriva de reglas escritas, pero también de otras que se van conformando a lo largo del tiempo y que lo hacen de acuerdo con las características que adquiere el trabajo dentro de las comisiones que integran el Legislativo, al alcance de determinadas potestades, el modo como se distribuyen los cargos directivos entre los diferentes bloques, entre muchas otras cuestiones. Vale recordar lo ocurrido con el ejercicio de la potestad que tiene cada Cámara por imperio del art. 64 que le brinda la calidad de "juez de las elecciones, derecho y títulos de sus miembros en cuanto a su validez". Este examen durante mucho tiempo se limitó a un control formal del cumplimiento de los requisitos de naturaleza electoral de parte de cada legislador con anterioridad al otorgamiento del respectivo diploma. Sin embargo, a partir del caso "Bussi"[9] se irrumpió en el examen de cuestiones de otro orden, que tienen que ver con la idoneidad ética o moral que debe reunir una persona para poder acceder a una banca legislativa.

Asimismo, son importantes los desarrollos, que como luego veremos, se producen como resultado de la interpretación que hacen los jueces de las cláusulas constitucionales a lo largo del tiempo. Así resulta de la aplicación de las reglas dinámicas de la hermenéutica.

ii) Democráticas y autoritarias

Consideramos que para saber a lo que se alude en el marco del Estado de Derecho toda vez que se utiliza la voz "Constitución", resulta necesario enfatizar que se hace referencia a aquella Ley Fundamental de un país que contempla en su articulado los contenidos elaborados por el constitucionalismo. En este sentido, se puede trazar una raya divisoria entre las Constituciones democráticas respecto de aquellas que no lo son. Un país con un sistema autoritario puede contar con una Constitución, pero para el esquema trazado por la doctrina en la que se funda nuestra materia, ella no puede ser considerada tal. Sólo lo será aquel instrumento jurídico que reúne un determinado número de *estándares* mínimos, sin los cuales estaremos frente a una norma de diferente naturaleza. Lo expresado pone de manifiesto el elevado contenido dogmático, impregnado de valores que les son inséparables, que esta disciplina posee. Se trata de una rama del derecho que nunca puede permanecer neutra a determinados valores, por el contrario debe exigir su presencia. Es así como se logrará cumplir con las metas u objetivos que persigue el sistema en su conjunto a los que sólo se podrá llegar a través de determi-

(9) Fallos: 324:3358, LA LEY, 2001-F, 873.

nadas técnicas y de la vigencia de ciertos principios. Una Constitución que no reconoce la división de poderes o a los derechos fundamentales de las personas, para sólo recurrir a dos aspectos básicos, no es una Constitución desde la óptica de nuestra rama del derecho. Es así como lo presenta la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano cuyo art. 16 expresa que: *"Toda comunidad en la que la garantía de los derechos no esté asegurada, ni determinada la separación de poderes, no tiene Constitución"*. Ello, no obstante que así la denominen quienes la aplican y que así sea vivida por los integrantes de la comunidad para la cual ha sido elaborada.

iii) Escritas y no escritas

Es preciso comenzar aclarando que el sentido que se le da en la presente clasificación a la palabra no escrita, de ninguna manera debe ser tomado de modo literal, ya que de ser así no se ajusta a la realidad. La clasificación apunta a saber el modo como se presenta una Constitución, si ella está contenida en un único instrumento normativo, de manera ordenada, o por el contrario, si ella está dispersa en diferentes normas. De acuerdo con esta diferenciación, la mayoría de las Constituciones del mundo son escritas o codificadas. El Reino Unido e Israel son las únicas excepciones entre los Estados democráticos del mundo que poseen Constituciones que están conformadas por diferentes normas que desarrollan los aspectos fundamentales de su organización. En el caso de Gran Bretaña su primer documento de esas características es la Carta Magna de 1215. En estos casos el número de costumbres constitucionales es mayor que en los países que tienen Constituciones escritas. Este es probablemente el motivo que ha llevado a considerarlas no escritas. Dichas costumbres completan el marco constitucional, al llenar las lagunas que el mismo puede presentar.

iv) Rígidas y flexibles

Esta clasificación diferencia a las Constituciones en base al procedimiento que ellas prevén para su reforma, dividiéndolas en rígidas o flexibles. Las Constituciones son rígidas cuando su modificación debe llevarse a cabo de conformidad con un procedimiento diferente del que se utiliza para la sanción de las leyes, mientras que las flexibles pueden ser reformadas como una ley común. Las Constituciones no escritas son necesariamente flexibles, ya que al encontrarse reunidas en diferentes leyes, su proceso de formación es el mismo que se sigue para la sanción de cualquier norma similar.

Las rígidas pueden presentar diferente grado de dificultad para su reforma. Así, existe un panorama amplio de alternativas que van en orden al grado de complejidad para su modificación, desde las más rígidas que son aquellas que como la argentina, que prevén un sistema en dos etapas a cargo del Congreso y luego de una Convención especialmente convocada para llevar a cabo la reforma; hasta las más flexibles que dejan esa tarea exclusivamente en manos del órgano legislativo, quien la realizará con un procedimiento especial o con una mayoría calificada o con ambas modalidades. Asimismo, es común que Constituciones de este segundo tipo exijan que una vez que la reforma se haya llevado a cabo se convoque al electorado a un referéndum para que se exprese por medio del sufragio, como paso crucial para su entrada en vigencia. Este pronunciamiento definirá la suerte de la reforma, la que dependerá de que se alcance más del 50% de los sufragios positivos para que la reforma entre en vigencia. La Constitución argentina es un ejemplo cabal de gran rigidez ya que su art. 30 determina un procedimiento mixto en el que participan el legislativo y una convención. Además, entre estos dos pasos se intercala el pronunciamiento de la ciudadanía que a través del sufragio elige a los convencionales constituyentes[10]. Las Constituciones europeas dejan en manos del Parlamento su reforma, las que en la mayoría de los casos luego deben ser ratificadas por el electorado como último requisito para su entrada en vigencia.

En nuestro derecho público provincial encontramos ejemplos de Constituciones con procedimientos de reforma menos rígidos, como es el denominado sistema de enmiendas. Por caso la CPBA deja en manos de la Legislatura la decisión sobre el modo de realizar la reforma, puede optar por convocar a una Convención Constituyente o llevarla a cabo ella misma. Al respecto el art. 206 establece que *"...en este último caso, la ley contendrá la enmienda proyectada y ésta será sometida a plebiscito en la primera elección que se realice"*. En realidad se trata de un referéndum más que de un plebiscito dado que la decisión que debe tomar el electorado se refiere a un acto de naturaleza legislativa, sin por ello desconocer el carácter político que el mismo posee.

v) Reglamentarias o analíticas y sintéticas o genéricas

Esta clasificación tiene que ver con la técnica legislativa utilizada para la redacción de la Constitución. En función de la longitud y detalle de su articulado, la doctrina las agrupa en analíticas y genéricas. Así aquellas convenciones que se deciden por la confección de una Ley Fundamental caracterizada por una gran frondosidad normativa, muchas

(10) Ver Capítulo III.

veces rayana en el reglamentarismo, producirán una Constitución analítica. Mientras que las que fijan las grandes pautas de convivencia de una comunidad organizada, a nivel de derechos y de organización del poder, elaborarán una Constitución genérica.

En principio nos manifestamos a favor de este último tipo de Constituciones ya que a partir de un marco de referencia conciso y claro, gracias a su buena redacción, se posibilita luego una evolución legislativa en el tiempo paulatina, madura y que por ende, asegura una mayor perdurabilidad en el tiempo de las cláusulas constitucionales. Además, esta característica de economía en la redacción ayuda a que el texto pueda ser conocido más fácilmente por la comunidad a la que va destinado. Los jueces por su parte al dictar sus sentencias realizarán una interpretación dinámica e integradora que permitirá adecuar el texto constitucional a los cambios que vaya imponiendo el transcurso del tiempo, impidiéndose así su envejecimiento.

A pesar de estas manifestaciones que acabamos de hacer, no desconocemos el éxito que han tenido leyes fundamentales analíticas, como es el caso de la de España de 1978. El constituyente español ha considerado para su país la necesidad de explicitar los contenidos constitucionales, en particular de los de la parte dogmática, como un modo de facilitar la formación democrática de una sociedad caracterizada por un pasado autoritario de larga data. Los hechos les han dado la razón a los redactores de dicha Constitución, la actual Ley Fundamental de los españoles, que es el sinónimo de la vigorosa democracia recuperada, ha resultado, sin lugar a dudas, la más exitosa de la España moderna. Las Constituciones de Brasil (1988), de Colombia (1991), entre otras recientes de América Latina, se han inspirado en esta modalidad bajo el influjo tanto de la Constitución española citada como de la portuguesa de 1976.

En el ámbito de nuestro derecho público provincial, la mayoría de las Constituciones reformadas luego de la transición democrática han seguido esta última modalidad. Por caso, la Constitución de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur (1991) ha optado por la misma técnica, siendo notoria también su preocupación por la participación pública, los mecanismos de control, las políticas especiales, desarrollando sus instituciones a través 211 artículos y 17 cláusulas transitorias. Similar es el tratamiento contenido en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (1996).

d) Constitucionalismo clásico y constitucionalismo social

El constitucionalismo desde sus inicios en el siglo XVIII hasta nuestros días ha sufrido una importante evolución. En su transcurso es posible observar distintas etapas que se ven caracterizadas por nuevos contenidos que se agregan a los ya existentes. Las innovaciones repercuten fundamentalmente en el acrecentamiento de los derechos y garantías, en lo que hace a la parte dogmática. En relación con la organización del poder la marcha en el tiempo se ha visto enriquecida con el fortalecimiento de la función de control, por medio de la creación de nuevas instituciones, como el Defensor del Pueblo, el Ministerio Público, el Consejo de la Magistratura o la Auditoría General de la Nación.

Cabe destacar que el constitucionalismo tiene como nota distintiva de otros movimientos de ideas, el hecho de que los nuevos institutos que van enriqueciéndolo no surgen por oposición a los contenidos preexistentes. Por el contrario, esos contenidos lo van perfeccionando y adaptando al paso del tiempo, pero toman a todo lo precedente como elementos de base que por lo tanto deben necesariamente permanecer en el esquema constitucional. En realidad los nuevos institutos persiguen idénticos objetivos, esto es, de manera fundamental, asegurar que el gobierno sea limitado y enriquecer la esfera de libertades de las personas.

Quiroga Lavié recuerda refiriéndose a la marcha del constitucionalismo que "en su devenir se advierten diversas etapas o estadios que conforman una verdadera evolución que, sin perjuicio de sus crisis o interrupciones, permitieron el tránsito del llamado constitucionalismo "clásico o liberal burgués" al "social" (11).

El constitucionalismo clásico es la etapa fundadora en la que se desarrollan todos sus contenidos fundamentales a los que se ha hecho referencia. Cabe señalar que este período se ve caracterizado por una meta básica que es la limitación del poder. Ello se debe cumplir a partir del origen electivo de los gobernantes, quienes ejercen su autoridad con carácter temporal, es decir por un período previamente establecido, su actividad debe estar adecuada a los postulados contenidos en normas jurídicas (principio de legalidad), en el marco de la democracia representativa y dentro de una cultura política dominada por la idea de la racionalización del poder. En esa misma dirección, la Constitución norma suprema, debe definir a las instituciones gobernantes, en las cuestiones relacionadas fundamentalmente con las condiciones de acceso a la titularidad de las mismas y al tiempo de la permanencia en el ejercicio de éstas, a sus ámbitos de competencia, facultades, potestades, a las relaciones que se establecen entre sí, esto es, lo relacionado con el control recíproco que es la clave en que se funda el principio de separación de poderes.

(11) QUIROGA LAVIÉ, HUMBERTO, BENEDETTI, MIGUEL ANGEL y CENICACELAYA, MARÍA DE LAS NIEVES, *Derecho Constitucional Argentino*, t. I, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2001, p. 13.

Asimismo, el poder estatal es sólo un medio para la plena satisfacción de los derechos y libertades de las personas que integran la comunidad y por lo tanto para posibilitar la mayor satisfacción de sus necesidades y el pleno desarrollo económico, social y cultural de la colectividad. Por lo tanto, la organización del poder tiene una finalidad claramente personalista. Todo lo contrario a una concepción transpersonalista en la que el *ejercicio del poder es considerado como una finalidad en si misma*, supraindividual, ideología que bajo diferentes justificaciones se encuentra en la base de sustentación de todos los sistemas autocráticos.

El constitucionalismo social constituye una etapa ulterior que aporta una nueva categoría de derechos conocidos como de segunda generación que son los sociales, mientras que los de la primera son los individuales. Este período da nacimiento a las denominadas democracias sociales y se traduce desde la estructura de las Constituciones en la incorporación a sus textos de cláusulas de tipo económico, social y cultural. El contenido de las mismas se va fortaleciendo a lo largo de un período que se inicia en el primer cuarto del siglo XX y que se ve acrecentado a partir de la segunda posguerra mundial. En el Capítulo VIII abordamos la relación existente entre las diferentes etapas del constitucionalismo y la aparición de nuevas categorías de derechos entre los contenidos constitucionales.

De todas maneras, el constitucionalismo social no niega elemento alguno del constitucionalismo clásico, por el contrario, lo toma como una suerte de base de sustentación a partir de la cual desarrolla nuevos tópicos. El fenómeno podríamos expresarlo de la siguiente manera, la aparición de esta nueva fase del constitucionalismo importa una evolución por adición y no por sustracción. En tal sentido, esta es la nota distintiva de todo paso adelante que va dando el constitucionalismo. En realidad, como ya ha quedado dicho y nos interesa reforzar, cada uno de ellos importa un acrecentamiento de las notas que caracterizan al movimiento desde su nacimiento. La incorporación de lo social llevará de a poco tanto al nacimiento de una nueva categoría de derechos —fundamentalmente los atinentes a las esferas de lo laboral y de la seguridad social— como también la concesión de un nuevo papel para el Estado, una relación diferente entre derecho y economía. Todo ello como corolario de lo ocurrido como resultado del industrialismo y de sus consecuencias que produce realidades que eran totalmente desconocidas en el siglo XVIII y principios del XIX. Es así, como surge la necesidad imperiosa de proteger a determinados grupos vulnerables por su condición social, franja etaria (niños, ancianos), género (consideración de la maternidad), posición desventajosa (discapacidad), entre otras situaciones que requieren de una asistencia particular, sólo destinada a esos sectores, a

diferencia de lo que ocurre en el terreno de los derechos individuales que son conferidos a todas las personas por igual.

El constitucionalismo social tiene su base doctrinaria en diferentes ideologías que surgen como una respuesta a los estragos del desarrollo industrial en Europa durante el siglo XIX. En primer lugar el socialismo en su doble vertiente tanto del materialismo dialéctico de raíz marxista como de las diferentes manifestaciones del socialismo democrático (utópico, socialdemocracia, etc). La segunda fuente ideológica proviene de la Iglesia Católica. Nos referimos a la doctrina social de la Iglesia que se va conformando a través del conjunto de principios que se derivan de un grupo de encíclicas, caracterizadas por su claro sesgo de protección social, entre las cuales la que inaugura el movimiento es la denominada *Rerum Novarum* dictada por el papa León XIII en 1890. "En la búsqueda de las raíces ideológicas de las cláusulas económicas y sociales, encontramos ratificada la certidumbre de que se trata de un proceso de confluencia de varias corrientes del pensamiento contemporáneo que, alineadas en una concepción democrática del Estado, vuelcan los aportes filosófico-políticos del neoliberalismo, de la socialdemocracia y de la doctrina social-católica"[12]. El autor citado recurre a Sánchez Agesta para complementar el concepto quien sostiene que el constitucionalismo social hace del Estado "un instrumento compensador de las desigualdades sociales" y que "este servicio del bienestar se realiza con una curiosa peculiaridad: el Estado es un instrumento nivelador de desequilibrios sociales" para más adelante rematar —siguiendo la cita de Vanossi— que "las desigualdades naturales, económicas y sociales tratan hoy de encontrar un nivel político con un ordenamiento jurídico y una prestación de servicios que compensen esas desigualdades, tratando desigualmente a quienes sean desiguales"[13].

El constitucionalismo social aparece a principios del siglo XX en las Constituciones de México de 1917 (conocida como de Querétaro) y de Alemania de 1919 (conocida como de Weimar). Durante nos recuerda que ambas "reconocen un origen similar: sendas revoluciones sociales desplazaron los regímenes autoritarios que las precedieron (dictadura de Porfirio Díaz, 1877-1910; y el imperio alemán derrotado en la primera conflagración)[14].

---

(12) VANOSSI, JORGE R., *El Estado de Derecho en el Constitucionalismo Social*, Eudeba, Buenos Aires, 2000, p. 546.

(13) SÁNCHEZ AGESTA, LUIS, *La evolución política y constitucional de la Europa contemporánea*, Revista de la Universidad de Madrid, vol. XII, Nº 46, ps. 339 y 341.

(14) DURANTE, ALFREDO L., *Lecciones de Constitucionalismo Social*, La Ley, Buenos Aires, 2005, p. 95.

e) El constitucionalismo social en la Argentina

El constitucionalismo social en el derecho argentino encuentra sus primeros precedentes en el derecho público provincial. Es de destacar a la Constitución de la Provincia de San Juan en 1927 la que fue redactada bajo la influencia de la ideología del partido Bloquista, organización provincial que en su plataforma incorporó los contenidos que contemplaban las Constituciones mejicana de 1917 y alemana de 1919. Precisamente, sus arts. 31 y 32 consagraban el derecho a "un mínimo de seguridad económica, junto a otros tópicos entre los que sobresale la determinación de la jornada de trabajo, del salario mínimo, de los seguros sociales, *"el fomento de la construcción de viviendas higiénicas con el aporte del Estado..."*, el amparo a la maternidad, a la viudez y la niñez desvalida. También se determina la necesidad de reglamentar la actividad de los sindicatos, el establecimiento del *"hogar de familia"*. Se habla del *"encauzamiento normal de las relaciones entre el capital y el trabajo"*. Todo ello *"mediante normas legales que atribuyan a la autoridad las facultades necesarias para hacer efectivas las garantías que consagra el artículo"*. Nos parece importante destacar este jalón de nuestro constitucionalismo provincial, el que curiosamente ha sido poco difundido, pese a que nos encontramos frente a un resumido catálogo de los diversos aspectos que conforman la nueva etapa del constitucionalismo, a muy poca distancia de la aparición de esos contenidos en las mencionadas Constituciones mejicana y alemana.

La norma sanjuanina tuvo influencia sobre otras leyes fundamentales de provincia que se sancionaron poco después, como la de Entre Ríos en 1933 y la de Santiago del Estero en 1939. Esta tendencia se acentúa en el tiempo y encuentra todo su desarrollo en las etapas siguientes del constitucionalismo provincial, primero con la sanción de las Constituciones de las nuevas provincias en la década del 50 y más adelante con las reformas que acaecen en las Constituciones modificadas de la mayoría de las provincias, a partir de 1986 luego de la transición democrática iniciada en 1983. Este recorrido nos permite comprobar que también en este tema el constitucionalismo provincial, como luego veremos, se ha anticipado al nacional. Ocurrió algo semejante con tópicos tan trascendentales como la autonomía municipal, la incorporación de las formas semidirectas de democracia, la introducción de nuevos órganos como por ejemplo el Defensor del Pueblo o el Consejo de la Magistratura, entre otros institutos que han sido el resultado de la evolución del derecho constitucional.

En el nivel nacional, los aspectos novedosos del constitucionalismo social encuentran su primera recepción luego de la sanción en 1949 de una reforma total de la Constitución de 1853/60, resultado de la Convención Constituyente que tuviera lugar en el transcurso de la primera presidencia de Juan D. Perón y que acusó un fuerte influjo de las ideas que promovió su agrupación política, el Partido Justicialista. El artífice de su redacción fue el jurista Arturo Sampay, quien no sólo impulsó la incorporación de nuevos derechos, sino también un rol diferente del Estado en la economía y en el manejo de los recursos naturales y de los servicios públicos. Además, se produjeron importantes modificaciones que repercutieron sobre la competencia del ejecutivo, reforzado por institutos de emergencia, y en el funcionamiento del federalismo, como producto del reforzamiento de las potestades de la Nación, en detrimento de las de las provincias.

La reforma de 1994 no aborda la temática social de manera explícita, pues ello le estaba vedado, en razón de la prohibición de modificar la parte dogmática, establecida en la ley declaratoria de la necesidad de la reforma. Sin embargo, la decisión de incorporar nuevos derechos y garantías y de agregar otros contenidos doctrinarios a los ya existentes, a través del otorgamiento de nuevas atribuciones al Congreso, redunda en la determinación de un nuevo perfil institucional en la materia.

La cuestión deriva principalmente de la ampliación del "techo ideológico" que inspira a nuestra Ley Fundamental luego de su modificación. Toda Constitución encuentra su marco de referencia en diversas expresiones contenidas en distintas partes de su articulado. En lo referente a la nuestra, luego de su sanción, la ideología del constituyente del 53 surgía con claridad, principalmente, del preámbulo y de la denominada "cláusula del progreso", art. 75, inc. 18 —ex 67, inc. 16—. A partir de allí se insinuaba el sentido de las acciones a ser tomadas por el Estado.

Con posterioridad nuestra Constitución incorporó en la reforma de 1949 y luego de la derogación de ésta, con la sanción del art. 14 bis, por la Convención Constituyente de 1957, típicas cláusulas de contenido social, que no sólo desarrollan el derecho al trabajo, sino que le imponen al legislador claros cometidos tendientes a asegurar al trabajador condiciones dignas de labor, jornada limitada, retribución justa, protección contra el despido arbitrario, organización sindical, derecho de huelga, etc.

Esa evolución hacia el constitucionalismo social se consolida con la reforma de 1994 que le asigna jerarquía constitucional a una serie de tratados de derechos humanos, art. 75, inc. 22, y crea un mecanismo para que otros puedan alcanzar esa jerarquía, y por la incorporación de los incs. 19 y 23 al art. 75 de la Constitución. Este último con claras reminiscencias de la Constitución italiana de 1948, le impone al Congreso el deber de legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los

derechos reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales. No se trata solamente de consagrar determinados derechos sino que se le impone a los poderes constituidos el deber de promover medidas para hacerlos accesibles y disponibles a todos. Así lo expresa la 2ª parte del art. 3º de la Constitución italiana "es un deber de la República remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país". El Estado debe implementar medidas de acción directa a fin de posibilitar la igualdad de oportunidades y de trato en el pleno goce de los derechos.

Esta nueva impronta del constitucionalismo social se consolida en la reforma constitucional con el deber del Congreso de promover lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores (art. 75, inc. 19). Resumiendo, al Estado le cabe el deber de elegir las acciones conducentes a optimizar los resultados que posibiliten el desarrollo de la persona humana en sociedad y al progreso económico dentro de un marco de equidad.

Al respecto se destaca el art. 75, incs. 19 y 23. Se trata de cláusulas típicamente programáticas, su implementación requiere de leyes "medidas" del Congreso, único responsable en la determinación del momento más propicio para la concreción de las mismas. Todas sus prescripciones se encuentran influidas por un alto grado de contenido ideológico. El inc. 19 tiene una redacción casi idéntica a la ya citada cláusula del progreso, en lo que hace al modo de formular grandes objetivos a ser plasmados en la legislación futura. A nuestro entender se trataría de una suerte de extensión del inciso anterior. Esta nueva disposición completa a su predecesora a través de una variada serie de postulados que se entroncan en su mayoría con las bases del denominado constitucionalismo social. La concreción de toda esta panoplia de acciones sólo podría efectuarse por medio de una herramienta de fuerte intervención en la vida socio-económica de la comunidad, como lo es el denominado "estado de bienestar".

A través de estas grandes directivas contempladas en los cuatro párrafos del inciso, que hacen al modo de desarrollo con equidad, a un federalismo igualitario, a una educación gratuita y amplia, a la defensa del patrimonio cultural, se refleja también la ideología de la reforma. Aparece claramente la voluntad del constituyente de reforma de ordenarle al *Estado la realización de acciones "positivas" que permitan que tan importantes objetivos puedan hacerse realidad.*

2. INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN, SU ESPECIFICIDAD

a) Concepto

Interpretar una norma consiste en desentrañar el sentido que la misma posee, encontrar el significado de sus postulados y de ese modo lograr que su aplicación se compadezca con la intención que tuvo quien la redactó, pero desde una perspectiva dinámica, es decir en movimiento con visión de futuro y no ceñida exclusivamente al momento histórico en que la norma fue elaborada. El intérprete debe ubicarse en una posición equidistante, lo más neutra posible, de manera de lograr un resultado que brinde una visión objetiva. Claro que somos conscientes que esta tarea no es fácil, puesto que quien deba realizarla necesariamente aplicará conciente o inconcientemente su propia escala de valores, sus convicciones que integran el sentido amplio de la noción de ideología que todos de alguna manera poseemos y que a la hora de interpretar se pondrá de manifiesto. En particular, quienes se desempeñan en la esfera jurídica lo harán desde una visión que se corresponderá con una escuela determinada, desde las bases de una formación, desde sus las creencias; en suma, del bagaje de convicciones que permiten la construcción de una escala de valores que intervendrá al momento de interpretar el derecho positivo. Sin embargo, el intérprete debe recurrir a los elementos que surgen del marco jurídico de manera espontánea de modo de deshacerse de una visión sesgada y prejuiciosa y así lograr el mejor resultado. Para ello existen pautas y modalidades de interpretación que constituyen valiosas herramientas para llevar a cabo una lectura precisa y objetiva de las normas.

La interpretación en sentido lato es muy antigua. Sin embargo el desarrollo de los principios y pautas para llevarla a cabo recién logran una sistematización en el transcurso del siglo XIX, en tal sentido Savigny ha sido su gran teórico y sus formulaciones han sido muy utilizadas en el campo del derecho privado. En lo que hace al derecho público el avance es mucho más cercano, a pesar de que existen antecedentes del derecho constitucional estadounidense y del italiano.

Hasta ahora hemos hecho referencia al concepto amplio de interpretación o hermenéutica legal que es aplicable a cualquier rama del derecho. Sin embargo, la evolución de esta actividad ha llevado a concluir que la especificidad de determinados ámbitos exige de criterios interpretativos particulares. Así ocurre en materia constitucional. Es necesario recordar que hasta mediados del siglo XX solo se empleó una forma de interpretación aplicable para todas las ramas del Derecho, pero es recién desde entonces que surgió la necesidad de que la interpretación consti-

tucional fuese específica, por supuesto que basada en los principios generales, pero adecuada a las características que tiene una Constitución y que lleva a aplicar criterios especiales como veremos más adelante. Es interesante traer a colación que ya con anterioridad se tuvo en consideración estas particularidades de nuestra rama. Al respecto Marshall ha dicho que "nunca debemos olvidar que es una Constitución lo que estamos interpretando (...) una Constitución que ha sido creada con la intención de prevalecer para las épocas futuras y consecuentemente debe apartarse a la variadas circunstancias de los asuntos humanos"(15). Sola considera que "con estas palabras John Marshall expresó que la interpretación de la Constitución es diferente a la de la ley o a la de los reglamentos, ya que la Constitución no tiene la verbosidad de un código. Para su interpretación una Constitución requiere de la existencia de una Corte Suprema, sin un órgano de este tipo, la Constitución pierde su contenido jurídico estricto y su suerte está atada a la del partido en el poder que impone la lectura que ese momento le conviene"(16).

b) Pautas para la interpretación constitucional

La cita precedente y su comentario nos permiten desarrollar una serie de aspectos del derecho constitucional que deben ser tomados como pautas básicas por parte del intérprete a la hora de evaluar las cláusulas constitucionales. Al respecto, se impone la noción de supremacía de la Constitución, principio que pone de manifiesto que su jerarquía obliga a que todas las normas inferiores no se opongan a lo que ella establece so pena de incurrir en una situación de inconstitucionalidad.

Asimismo, la Ley Fundamental de un país es un pacto social que reúne las normas básicas que regulan las relaciones que se establecen en su ámbito, se trata de una suerte de gran programa o proyecto nacional concebido con la idea de que perdure lo máximo posible en el tiempo. En consecuencia, a diferencia de lo que ocurre con una ley común esta vigencia por un dilatado lapso, obliga al intérprete a adaptar el sentido de sus disposiciones en función de las circunstancias cambiantes que se van dando naturalmente por el paso de los años.

La reforma de 1994 le ha dado jerarquía constitucional a un conjunto de tratados de derechos humanos (art. 75, inc. 22 CN). De manera tal que como se explica en el Capítulo III, estos instrumentos comparten con la Constitución el vértice superior de la pirámide jurídica (recurriendo a la

(15) Extraída del caso "MacCulloch v. Maryland", 17US316 (1819).

(16) SOLA, JUAN V., *Derecho Constitucional*, Lexis Nexis - Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2006, p. 41.

concepción de Hans Kelsen), lo que lleva consigo la adhesión de nuestro derecho positivo a todos los postulados del derecho internacional de los derechos humanos. Entre éstos vale recordar el principio *pro homine que determina que toda interpretación deba redundar a favor del más* amplio reconocimiento de los derechos y libertades que comprendan el objeto de la disputa o litigio de que se trate. Esto es particularmente importante en caso de duda. "Así es claro que desde la cúspide constitucional, los derechos humanos y los valores que son inmanentes a ellos, irradian su función legitimadora y exigen su realización, tanto a los órganos de gobierno, cuanto a los habitantes de la República. Esto significa, en palabras llanas, que toda formulación normativa derivada del plexo constitucional, deberá contener su sino, garantista y *pro homine*"(17).

Este temperamento es aplicable a los cláusulas de la parte dogmática, por el contrario para la interpretación de las disposiciones de la parte orgánica rige un criterio exactamente contrario. Es decir que cuando se debe interpretar una cuestión vinculada con el ejercicio del poder, por ejemplo la competencia de un órgano o los requisitos para acceder a un cargo electivo, debe hacérselo de manera restrictiva y en caso de duda debe estarse a aquella conclusión que impida el ejercicio de la facultad en cuestión o la posibilidad de ser candidato, respectivamente. Ello es una lógica consecuencia de la gran meta que se ha propuesto el constitucionalismo, que como ya hemos visto, consiste en la construcción de un poder limitado que de ese modo permita el pleno ejercicio de las libertades de parte de los gobernados. La extensión del principio *pro homine* y de sus corolarios a los ocupantes del poder importa la negación de uno de los sustentos más importantes del constitucionalismo, cual es la limitación de la autoridad de los gobernantes. Desgraciadamente, de manera incorrecta se han dictado sentencias, como ha ocurrido en materia electoral en relación con la oficialización de las llamadas "candidaturas testimoniales", en las que de manera inadecuada se ha argumentado a *favor de las mismas, invocándose en su favor este principio propio del* derecho internacional de los derechos humanos y que repetimos, nunca debe ser extendido a los titulares del poder.

La Constitución es un único instrumento compuesto por una pluralidad de cláusulas que deben ser interpretadas de manera armónica y no aislada. Como queda dicho, estamos frente a un cuerpo único, a una suerte de código que encierra las normas fundamentales de un Estado lo que obliga a que toda vez que haya que considerar lo que expresa una norma relativa a una cierta cuestión, el análisis correspondiente deba ser hecho a la luz de todas las restantes disposiciones que le son con-

(17) JIMÉNEZ, EDUARDO P., *Derecho Constitucional Argentino*, t. I, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 101.

cordantes. A esta modalidad se la denomina interpretación integradora. "La Constitución debe ser analizada como un conjunto armónico dentro del cual cada una de sus disposiciones ha de interpretarse de acuerdo con el contenido de las demás o, dicho de otro modo, que las normas constitucionales no deben ser interpretadas en forma aislada o inconexa, sino como parte de una estructura sistemática considerada en su totalidad"[18].La integración apunta también a llenar los vacíos o lagunas que presentan algunas de las cláusulas constitucionales. Así veremos a lo largo de la obra que ciertas materias, por caso la reforma de la Constitución prevista en el art. 30, requieren del estudio de otras que por su relación directa con la situación planteada nos brindan la respuesta adecuada para llenar ese hueco normativo. En ocasiones la labor de interpretación exige una búsqueda fuera del texto constitucional y emplear entonces normas contenidas en otros instrumentos jurídicos. Esto es lo que ocurre cuando se acude al texto de tratados internacionales de los que la Argentina es parte y que tienen jerarquía constitucional.

Toda interpretación debe ser razonable por aplicación del respectivo principio previsto en el art. 28 que desarrollamos en el Capítulo VIII. Así las cosas a la hora de evaluar la interpretación de una disposición debemos buscar si existe proporcionalidad entre fines y medios, por lo tanto, debemos apreciar si la solución propuesta se compadece con la finalidad a la que apunta la norma o por el contrario la contradice. Este fin es el que se propuso el constituyente a la hora de la elaboración de la disposición, pero desde una perspectiva de futuridad, es decir no encerrada en el momento histórico en que esto acaeció sino teniendo en consideración las nuevas perspectivas planteadas por el paso del tiempo. Por ejemplo si una cláusula que establece un prohibición al analizarla llegamos a una conclusión que contradice ese propósito, evidentemente nos hemos equivocado e incurrido en una interpretación contraria al principio de razonabilidad. Esta situación se planteó ante el conflicto sobre el que debió resolver la Cámara Federal de Bahía Blanca en el que debió interpretar la constitucionalidad de una cláusula de un contrato en la que se permitía el ingreso temporario de residuos radiactivos a nuestro país. La defensa sostenía que lo que la disposición contenida en el último párrafo del art. 41 CN impide es la introducción permanente de este tipo de material y que por lo tanto al interpretarla se debía tener en cuenta esa diferenciación y entender por ende que la introducción de ese tipo de sustancias estaba permitida sino se lo hacía con carácter permanente. El tribunal de alzada con muy buen criterio consideró que esto no era así, ya que a través de esa clasificación forzada pues la Ley Fundamental no la realiza, en tanto por el contrario impone una prohibición general

(18) CSJN, 2009/07/03, "Candy S.A. c. AFIP y otro" (considerando 4).

a secas, se estaba violando el fin de la norma al brindarse la posibilidad de que se permitiera lo que ella claramente impide. Por lo tanto declaró la nulidad de la disposición en conflicto por ser violatoria de la Constitución[19]. A partir de esta explicación introducimos la noción de interpretación finalista de la Constitución.

Bidart Campos sostiene como una suerte de corolario de su valiosa teoría sobre la fuerza imperativa de la Constitución, que "toda norma de la Constitución sobre derechos de la persona humana, aunque requiera desarrollo legislativo, tiene como mínimo y mientras la ley de desarrollo no se dicta, un contenido esencial que es aplicable siempre"[20]. Esta posición que compartimos habla de la necesaria operatividad de las disposiciones constitucionales. Es cierto que el texto constitucional contiene cláusulas imperativas u obligatorias y de inmediato cumplimiento y cláusulas programáticas. Estas últimas necesitan de la labor ulterior del legislador, quien a través de una norma que las reglamenta las pone en vigencia. Sin embargo, la actuación legislativa no puede tener una extensión ilimitada en el tiempo sino que debe concretarse dentro de un lapso de tiempo razonable. Pero aún, antes de que ella intervenga deben ponerse en marcha aquellos contenidos que surgen de manera clara de la norma constitucional. Ejemplo de este tipo de disposiciones los encontramos en el art. 14 *bis* que contempla una serie de derechos sociales. Entre ellos por ejemplo "el trabajo en sus diversas formas —reza la Constitución— gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor; jornada limitada (...)" También en otro párrafo del mismo artículo el constituyente deja en manos del legislador la determinación de las características de la seguridad social. Entre ellas, debe definir la movilidad jubilatoria. Pues bien, ante la ausencia de regulación legal de esta cuestión y frente a un reclamo de un particular la Corte Suprema ha exhortado al Legislativo para que éste reglamente este contenido constitucional y a la espera de esta normativa, ha determinado el criterio a aplicar en el caso concreto. Se trata de un claro ejemplo en el que los jueces tornan imperativa una cláusula programática y al mismo tiempo se dirigen al poder al que la Constitución manda regular la cuestión, a efectos de que lo haga rápidamente[21]. Toda norma sancionada por el Congreso y promulgada por el Poder Ejecutivo de conformidad con el principio de presunción de constitucionalidad de la ley, se considera que es constitucional hasta tanto un magistrado la declare inconstitucional. Ello, luego de un delicado examen de confronte entre su texto y el de la Ley Fundamental; esa declaración recién tendrá

(19) CFed. Bahía Blanca, 2006/10/19, "Schroder, Juan c. INVAP S.E. y E.N. s/ Amparo".

(20) BIDART CAMPOS, GERMÁN J., ob. cit., p. 312.

(21) CSJN, "Badaro, Adolfo Valentín c. Administración Nac. de la Seguridad Social", Fallos: 329:3089.

carácter definitivo cuando el Máximo Tribunal de la Nación así lo disponga, o de no llegarse a él, cuando la sentencia quedare firme en alguna de las instancias inferiores. Nuestra Corte Suprema ha dejado sentado *que está decisión es la última posibilidad a la que debe acudir un juez*, ya que en principio debe estarse a favor de la validez constitucional de la norma sujeta a examen. Así confirmando una doctrina que tiene establecida de manera pacífica, ha expresado: "La declaración de inconstitucionalidad es un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerada como *ultima ratio* del orden jurídico. La atribución de los tribunales de declarar inaplicables, en los casos sometidos a su decisión, leyes o actos emanados de otros poderes del Estado nacional o provincial en razón de ser violatorios de principios constitucionales, debe ejercerse con suma prudencia"[22].

Coincidimos con Bidart Campos que la interpretación constitucional no se limita a la Constitución y los tratados internacionales sino que también comprende a todas aquellas normas que integran esta rama del derecho, como por ejemplo la normativa electoral y de partidos políticos, entre muchas otras. La incorporación de los tratados al derecho interno y el hecho de que algunos de ellos tengan el mismo orden de prelación que la Constitución ha llevado a que la doctrina vaya desarrollando una nueva modalidad de control, a la que denomina de convencionalidad, en tanto importa la verificación del respeto de las convenciones y demás tratados internacionales de parte de las normas inferiores. Esto ocurre por las características propias que tiene este examen interpretativo que deben llevar a cabo magistrados y demás autoridades, en el interior de los Estados. Pero, cuando el tratado de derechos humanos prevé la existencia de un Tribunal Internacional a éste también le cabe hacer dicho examen, de modo tal que este nuevo control que viene de la mano del derecho internacional de los derechos humanos es llevado a cabo en los *niveles nacional e internacional*.

Al respecto el profesor colombiano Rey Cantor expresa que: "el *control de convencionalidad* sobre una norma constitucional permite afirmar que el principio constitucional de la Supremacía de la Constitución se ha erosionado al someter dicha norma al examen de confrontación normativo con un tratado internacional (i), lo que consecuencialmente determina el sometimiento de la Constitución al tratado de derechos humanos (ii) y, la Constitución no es la única y exclusiva norma para confrontar 'leyes internas', en una escala de jerarquía normativa (iii), al activar el control de constitucionalidad, porque los tratados de derechos

(22) CSJN, 2009/07/03, "Candy S.A. c. AFIP y otro" (considerandos 6 y 7).

humanos podrán ser utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes (iv)"[23].

c) Organos encargados de interpretar la Constitución

Los órganos que interpretan la Constitución en la actualidad son los que ejercen funciones jurisdiccionales. En muy pocos casos encontramos disposiciones constitucionales que dejan a cargo de órganos legislativos la realización de esta función, uno de los más conocidos es el de Gran Bretaña, cuyo Parlamento es competente en la materia. En la inmensa mayoría de los países esta tarea la llevan a cabo las cortes o tribunales constitucionales, que cada vez tienen un papel más activo y dan un alcance mayor a este cometido. Ello varía según el sistema existente en que cada Estado. En este punto es importante relacionar la cuestión con el control de constitucionalidad, en tanto y cuanto cuando los jueces las ejercen necesariamente y de manera concomitante deberán interpretar el texto de la Ley Fundamental. Este punto lo desarrollamos en el capitulo tercero.

Más allá de que en la actualidad los jueces sean quienes están llamados con mayor frecuencia a interpretar la Constitución, las directivas que hemos señalado en el punto anterior no sólo les cabe a ello, sino que también deben ser observadas por los titulares de los restantes poderes. Los legisladores al momento de trabajar en la formación y sanción de las leyes también deben necesariamente interpretar a la Constitución. Ello, en tanto y cuanto esos proyectos que luego se convertirán en leyes no deberán colisionar con la Constitución y demás normas que integran el denominado bloque federal de constitucionalidad —concepto que desarrollamos en el Capítulo III— que son superiores a éstas. Algo similar sucede en el seno del Poder Ejecutivo, quien deberá hacer una ponderación semejante a la hora de reglamentar las leyes y en particular cuando decida hacer uso de las facultades de emergencia en materia legislativa que la Constitución como principio general le prohíbe ejercer, y sólo lo habilita excepcionalmente.

d) Tipos de interpretación. El valor de los precedentes

En el punto anterior hemos recorrido a través de las pautas indicadas a las principales formas de interpretación, tal como hemos indicado cada vez que se nos ha presentado la ocasión. A continuación recorre-

(23) REY CANTOR, ERNESTO, *Control de Convencionalidad de las Leyes y Derechos Humanos*, Porrúa, México, 2008, p. LIII.

mos a vuelo de pájaro la evolución que se ha producido en la materia y las formas de interpretación que la misma ha desarrollado.

En el siglo XIX surge la escuela de la exégesis que como su nombre lo indica pregona una interpretación exegética, conforme a ella el juez debe ser un intérprete fiel de la ley de ser *"la bouche de la loi"* (la boca de donde surge el sentido de la ley). Por lo tanto, los magistrados deben limitarse a aplicar las normas tal cual ellas son, de manera mecánica. Ahora bien para lograr ese cometido deben desentrañar cuál ha sido la voluntad del legislador y con el transcurso del tiempo, cuál hubiera sido ella proyectándola a la actualidad. Es decir que en este último caso, nos encontramos ante la necesidad de encontrar la voluntad presunta del legislador.

En aquellos tiempos en que se venía afirmando de a poco el constitucionalismo, no cabe duda que ese respeto a la ley marcó un enorme paso adelante que se compadecía con el respecto del principio de legalidad y con la necesidad de contar con gobiernos de la ley. No obstante ello, a la larga esta escuela se mostró limitada y hasta contraria a la realidad, ¿cómo hacer para transformarse en un aplicador *robot* de las normas cuando la realidad nos señala la necesidad de modificar los criterios con una visión dinámica? Por ello a partir de finales del siglo XIX se fueron elaborando nuevas modalidades, las que en gran parte contemplamos en el punto precedente.

Llegados a este punto debemos considerar el valor que tienen en la materia los precedentes jurisprudenciales, en tanto y cuanto obligan a que a futuro los jueces deban respetarlos en los casos en que les toca fallar. De ese modo la interacción se producirá tanto dentro de una misma instancia judicial como desde las superiores hacia las inferiores. Esta cuestión proviene del sistema del *common law* de origen sajón y tiene su sustento en el antiguo postulado del *stare decisis* que lleva a que las cosas se mantengan donde están. Al proyectar esta noción sobre el precedente jurisprudencial se considera que lo que este ha determinado no debe ser modificado en conflictos judiciales que surjan en el futuro y que en consecuencia se debe estar a lo que se ha decidido con anterioridad en casos similares. Se trata de un importante antecedente del principio de seguridad jurídica o al menos una herramienta que coadyuva a que éste se cumpla otorgando previsibilidad en el campo de las decisiones de la justicia. Sin embargo a partir de esta concepción no debe impedirse la evolución, pues tampoco es positivo que las sentencias no se compadezcan con las modificaciones que se producen en el plano de las relaciones humanas, de lo valores, etc.

Así las cosas, se impone determinar cuál es el plazo que se considera adecuado para que se mantenga un precedente. En los Estados Unidos

de América el cambio de la jurisprudencia de la Corte Suprema federal, cuyas decisiones tienen fuerza obligatoria para los tribunales inferiores, se produce en general cada 25 años. Ese es el promedio de tiempo en que se mantiene en vigencia un criterio establecido por el máximo tribunal en relación con una problemática jurídica determinada que surge fundamentalmente del rol de contralor de la constitucionalidad de las normas que él cumple. Nuestra Corte ha observado un camino muy diferente derivado de un derrotero que se compadece con la inestabilidad de la composición de sus miembros como producto de nuestra accidentada vida institucional. En efecto, la discontinuidad constitucional que ha imperado en la Argentina durante gran parte del siglo pasado (1930 a 1983) ha llevado a que prácticamente cada gobierno tuviese "su propia Corte". Desgraciadamente la transición democrática que comienza en 1983 generó muchos cambios en los miembros del máximo tribunal y sólo el ex presidente de La Rúa no hizo designaciones en ese cuerpo. Estas particularidades han llevado a un cambio muy frecuente de precedentes, modalidad que deberíamos superar para consolidar nuestro Estado de Derecho.

El constitucionalista peruano Domingo García Belaunde ha trabajado enormemente sobre interpretación constitucional. Lo primero y en tren de comparar sistemas nos recuerda "que hay que advertir es que el derecho sajón no solo es un derecho de jueces, sino además un derecho de casos. Es decir, si bien es cierto que cada vez hay más legislación escrita —tanto a nivel estatal como a nivel federal— los jueces y los casos se presentan siempre. Y así cada caso se resuelve en su momento y si luego viene otro igual, se le estudia y se busca una solución que en cierto sentido se suma a la anterior y así sucesivamente. Es decir, un problema origina una determinada resolución judicial que tiene una respuesta concreta por parte de la judicatura. Y luego vienen otros que se le suman en la misma línea lo que da motivo a que con el tiempo se tenga una cantidad de casos apreciables que dan pautas de conducta para casos futuros. Y si se llega a un caso que explica todo y con alcances generales, estamos entonces en un alto en el camino que servirá para iniciar una segunda navegación en el mundo de los casos y que como es orientador, se llamará por eso *leading case*, o sea, caso líder o caso que conduce o guía y al cual se remiten de ahora en adelante. Estos casos líder (como son por ejemplo en el ámbito constitucional Roe vs. Wade o Miranda vs. Arizona) son luego seguidos por otros que lo complementan, desarrollan o afinan y así quedan. Hasta que llegados a una situación distinta, el principio que rige esos casos es modificado expresamente por otro, como en su momento lo fue Plessy V. Fergusson (1896) modificado expresamente por Brown vs. Board of Education de 1954, que fijó el principio de la no segregación racial en las escuelas públicas".

Luego agrega que "lo importante que hay que señalar es que los casos son acumulativos, avanzan lentamente y cuando llegan a su estado de madurez, en un largo lapso, se fijan y se convierten en orientadores durante varios años, hasta que terminan afianzándose con diversos aditamentos o siendo eventualmente remplazados por otros. Y todo esto lentamente, con la prudencia que caracteriza al mundo sajón. Es decir, en forma pausada y acumulativa. Con lo cual se supera el dilema teórico entre inmovilismo y cambio". Más adelante cuando se refiere a la situación de América Latina, señala: "pero esto no siempre es seguido en nuestros países, que han tomado de este sabio proceso solo determinados aspectos y no otros. O quizá los han interpretado mal. Por último señala "que la fijación de la jurisprudencia de los tribunales, su alcance interpretativo, las nuevas envolturas que producen sobre un cuerpo legal ya existente, hace que cobre importancia la actual jurisprudencia de los más altos tribunales, y además que la interpretación en materia constitucional quede fijada, en gran medida, por los jueces, ordinarios y constitucionales. Así lo podemos ver en las 'tesis' emanadas de la Suprema Corte mexicana y las llamadas 'sumulas vinculantes' en el Brasil (cf. Jose Afonso Da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, Malheiros editores, São Paulo 2005). Que al igual que en otros países (Argentina, Colombia, Venezuela) sirven para orientar las futuras resoluciones de los jueces"[24].

3. El Preámbulo: concepto, comparación y valor

Las Constituciones democráticas incluyen antes de los artículos de la parte dogmática una suerte de declaración de principios que marca el compromiso tomado por los representantes del pueblo que se han desempeñado como titulares del poder constituyente originario de organizar al nuevo Estado conforme a un conjunto de metas o fines que atraviesan al texto constitucional en su conjunto. Así junto con determinadas disposiciones como son las ya mencionadas "cláusulas del progreso" y del "progreso social" integran el denominado "techo ideológico" de la Ley Fundamental sobre el que ya hemos hablado cuando nos referimos al constitucionalismo social. Para Colautti "el Preámbulo constituye la máxima directiva interpretativa de nuestra Constitución. Leeremos sus cláusulas en las decisiones cruciales que la Corte Suprema de Justicia dictó durante más de ciento veinte años"[25]. Zarini entiende que

(24) García Belaunde, Domingo, *La interpretación constitucional en América Latina*, en: Sabsay, D. (director) y Manili, P. (coordinador), *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Hammurabi, Buenos Aires (de próxima aparición).

(25) Colautti, Carlos E., *Derecho Constitucional*, Universidad, Buenos Aires, 1996, p. 20.

"el Preámbulo de la Constitución persigue dos objetivos fundamentales: por un lado, declarar al pueblo como fuente del poder y como cimiento, base y sostén de la Ley Fundamental y de la nueva normativa constitucional que se sanciona, y, por el otro, se pretendió establecer los grandes fines a que se aspiraba con la sanción de la Constitución"[26].

Al respecto Alberdi consideraba que: "los estatutos constitucionales, lo mismo que las leyes y las decisiones de la justicia, deben ser motivados. La mención de los motivos es una garantía de verdad y de imparcialidad, que se debe a la opinión, y un medio de resolver las dudas ocurridas en la aplicación por la revelación de las miras que ha tenido el legislador, y de las necesidades que se ha propuesto satisfacer. Conviene, pues, que el Preámbulo de la Constitución argentina exprese sumariamente fines de su instituto. Abrazando la mente de la Constitución, vendrá a ser la antorcha que disipe la oscuridad de las cuestiones prácticas, que alumbre el sendero de la legislación y señale el rumbo de la política de gobierno"[27].

El gran inspirador de nuestra Constitución expresa con claridad el sentido del preámbulo se trata ante todo de un magnífico aporte para la interpretación del texto constitucional que como señala va dirigido a todos los poderes del Estado, no sólo el judicial, al momento de resolver casos, sino también para los otros poderes al momento de diseñar las políticas públicas. Cabe destacar que el texto del preámbulo no tiene fuerza operativa y por lo tanto sus disposiciones no son imperativas, a diferencia de las cláusulas insertas en el articulado constitucional. Pero su texto será una herramienta de gran utilidad como fuente de inspiración a la hora de determinar el sentido de las cláusulas a partir de los fines que allí se determinan. Entre ellos, el de *afianzar la justicia* aparece como el único de naturaleza institucional. No cabe duda que el constituyente originario conocía las características de la sociedad sobre la que debería regir la nueva Ley Fundamental a la que pretendía organizar conforme a las pautas del Estado de Derecho y era consciente de la pobreza de los antecedentes en ese campo de las instituciones, tanto durante la época colonial, como después de la independencia nacional. Así las cosas, se imponía la conformación de un Poder Judicial que pudiese ejercer la alta función de control que debe imperar en un sistema democrático de derecho genuino.

(26) Zarini, Helio J., *Derecho Constitucional*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 47.

(27) Alberdi, Juan Bautista, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*", nota 2 del último capítulo.

Manili expresa con precisión el valor y el sentido de las disposiciones del preámbulo cuando recuerda que, "...como sostenía James Madison, *"nada es más natural ni común que utilizar primero una frase genérica y luego explicarla a través de una lista de particularidades"* (28). Es decir: el Preámbulo contiene manifestaciones generales que luego son seguidas por otras más específicas; o bien, según Alberdi, contiene fines para cuya consecución el articulado de la Constitución desarrolla los medios (29). Repasemos brevemente (30): *"constituir la unión nacional"* es desarrollado en los arts. 5º, 121 y siguientes, *"afianzar la justicia"* en los arts. 5º, 18, 23, 29, 34, 109, 110 a 120, etc., *"consolidar la paz interior"* es explicitado en los arts. 22, 23, 36, 126, 127; *"proveer a la defensa común"* en los arts. 75 incs. 2, 16, 28 y 99, incs. 11, 14, 15 y 16; *"promover el bienestar general"* en los arts. 4º, 14, 14 nuevo, 75 incs. 17, 19, 23 y 32; y *"asegurar los beneficios de la libertad"* en los arts. 14, 18, 19, 23, 29, 32, 43, etc." (31). Este autor nos recuerda que luego de la reforma del '94 también deben ser tenidos en cuenta los preámbulos de los tratados internacionales de derechos humanos que menciona la Constitución (art. 75, inc. 22), lo que lleva a un importante acrecimiento de los fines de nuestro bloque federal de constitucionalidad.

Las manifestaciones, valores y metas contempladas en el preámbulo tienen una importancia cierta como punto de apoyo cuando se trata de indagar el sentido de las cláusulas constitucionales, sin embargo no cabe sobredimensionar su significado y al respecto la Corte Suprema ha sido muy terminante. Así, ella tiene dicho que el preámbulo no puede servir de base para darle a una norma un significado diferente del que fluye con claridad del propio texto. En tal sentido, la Corte ha expresado que sólo constituye un positivo factor de interpretación cuando el pensamiento de los redactores no aparece nítido y definitivo en aquella norma (32). Tampoco puede ser tomado con el objeto de ampliar los poderes que le han sido concedidos al gobierno federal o alguna de sus dependencias. "El no puede conferir poder alguno *per se*, ni autorizar, por implicancia, la extensión de algún poder expresamente dado, o ser la fuente legítima de algún poder implícito" (33).

---

(28) HAMILTON, ALEXANDER, MADISON, JAMES y JAY, JOHN, *El Federalista*, XLI, México, Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 169 y ss.

(29) ALBERDI, JUAN BAUTISTA, *Estudios sobre la Constitución Argentina de 1853*, Buenos Aires, Jackson, Colección Grandes Escritores Argentinos, nº 13, 4ª ed., 1945, p. 12.

(30) Para un análisis más detenido, que excede el objeto de este trabajo, puede verse LEMON, ALFREDO, ob. cit., p. 32 y ss.

(31) MANILI, PABLO L., *La Aplicación Judicial del Preámbulo*, en: SABSAY, D. (director) y MANILI, P. (coordinador), *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Hammurabi, t. I, Buenos Aires, 2009, p. 161.

(32) Fallos: 164:344.

(33) CSJN, Fallos: 137:47.

BIBLIOGRAFÍA

- BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Manual de la Constitución Reformada*, t. I, Ediar, Buenos Aires, 1998.
- COLAUTTI, CARLOS E., *Derecho Constitucional*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1996.
- DURANTE, ALFREDO L., *Lecciones de Constitucionalismo Social*, La Ley, Buenos Aires, 2005.
- JIMÉNEZ, EDUARDO P., *Derecho Constitucional Argentino*, t. I, Ediar, Buenos Aires, 2000.
- LÓPEZ GUERRA, LUIS, *Introducción al Derecho Constitucional*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1994.
- MIDÓN, MARIO, *Manual de Derecho Constitucional Argentino*, 2ª ed., Buenos Aires.
- QUIROGA LAVIÉ, HUMBERTO, BENEDETTI, MIGUEL ANGEL y CENICACELAYA, MARÍA DE LAS NIEVES, *Derecho Constitucional Argentino*, t. I, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2001.
- SÁNCHEZ AGESTA, LUIS, *La evolución política y constitucional de la Europa contemporánea*, Revista de la Universidad de Madrid, vol. XII, Nº 46.
- SOLA, JUAN V., *Derecho Constitucional*, Lexis Nexis - Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2006.
- VANOSSI, JORGE R., *El Estado de Derecho en el Constitucionalismo Social*, Eudeba, Buenos Aires, 2000.
- ZARINI, HELIO J., *Derecho Constitucional*, Ed. Astrea, 2ª ed., Buenos Aires, 1999.

Capítulo II

El Poder Constituyente

Sumario: 1. Teoría del poder constituyente. a) Concepto de poder constituyente. i) Poder constituyente originario y derivado. ii) Titulares del poder constituyente. b) El poder constituyente originario en nuestra organización nacional. c) Poder constituyente derivado o reformador. Ejercicio. Límites. El debate sobre las cláusulas pétreas.— 2. El artículo 30 y el procedimiento reformador. a) Antecedentes. b) Etapas del procedimiento constituyente. i) Etapa preconstituyente. ii) Declaración de la necesidad de la reforma. iii) Fijación de los alcances y convocatoria. iv) Etapa electoral. v) La Convención Nacional Constituyente reformadora.— 3. Las reformas a nuestra Constitución Nacional. a) Reforma de 1860. b) La Convención Nacional de 1866. c) Reforma de 1898. d) Reforma de 1949. e) Reforma de 1957. f) Reforma de 1994. i) Referencia histórica. ii) La ley 24.309.— 4. Control judicial de la reforma constitucional. a) Cuestiones políticas no justiciables. Caso "Soria de Guerrero". b) Proceso de formación de las leyes. Caso "Polino". c) Actuación de los órganos políticos. Caso "Romero Feris". d) Control de constitucionalidad de la reforma. Caso "Fayt".— Bibliografía.

1. Teoría del poder constituyente

Para acercarnos al concepto de poder constituyente tenemos que retomar la noción de Constitución. Recordar que la Constitución racional normativa del Estado liberal consta de elementos formales y materiales, sin los cuales no hay Constitución. El elemento formal que surge en primer término es la ley, generalmente escrita, sancionada por el titular del poder constituyente o por un órgano que lo ejerce en su nombre y con su asentimiento, y reformable por procedimientos que dificultan su reforma. Esta Constitución es el resultado del ejercicio del poder constituyente. Admitido que además de los elementos formales una Constitución tiene también elementos sustanciales o materiales, hemos de concluir que una Constitución para ser tal debe contener normas de organización del Estado, debe ser suprema, debe reconocer los derechos fundamentales de las personas y garantizar su ejercicio, repartir el poder entre órganos distintos y en su conjunto debe configurar un gobierno democrático.

Según el constitucionalismo clásico, sólo reuniéndose todos estos elementos estaríamos ante una verdadera Constitución. Conforme señala Carlos Nino[1] puede hablarse de un sentido mínimo y de un sentido pleno de Constitución, el primero consiste simplemente en que un Estado tenga una Constitución en el vértice de su sistema jurídico, mientras que el sentido pleno requiere no sólo la existencia de normas que organicen el poder y que estén en cierta forma atrincheradas frente a su ejercicio, sino que se satisfagan ciertas exigencias acerca del procedimiento y contenido de las leyes que regulan la vida pública, este es el sentido expresado en el art. 16 de la Declaración francesa de los derechos del hombre cuando dice que "una sociedad en la que la garantía de los derechos no esté asegurada, ni la separación de poderes está determinada, no tiene Constitución". El constitucionalismo concibe a los hombres y a los pueblos como entidades dotadas de libertad y capacidad de organización, de conducir sus vidas dándoles un sentido. De allí que cuando una comunidad ejerce el poder constituyente lo hace con la finalidad de hacer efectivos los mencionados principios del liberalismo.

Nuestro concepto de Constitución se identifica con el segundo sentido expresado, no cualquier instrumento que lleve el nombre o que sea considerada por sus autores una Constitución, lo es para el constitucionalismo. Los elementos sustanciales se corresponden con los ideales del liberalismo, concepto que implicó un largo proceso que abarcó siglos y culminó con la primera Constitución de un Estado nacional, la de los Estados Unidos de América. La primera Constitución moderna es la del Estado de Virginia, sancionada en 1776, año de la independencia de las trece colonias. En 1787 nace la Constitución de los Estados Unidos de América. En 1789 luego de la caída de la Bastilla, los textos mencionados y la influencia de los filósofos y escritores políticos franceses dieron origen a la declaración de derechos del hombre y del ciudadano incorporada en 1791 a la primera Constitución francesa[2]. Esta construcción tuvo desde sus orígenes como idea central el control del poder por el Derecho, la intención de limitarlo y conducirlo mediante mecanismos o instrumentos jurídicos y en particular mediante una Constitución, que es la base del sistema jurídico y que reviste también el carácter de suprema porque está por encima de todos y de todo.

Esta norma jurídica establece el sistema adoptado para la producción del resto de las normas, distribuye el poder en órganos, establece el cómo y el quién o quiénes ejercen el poder. En ejercicio de su poder

(1) NINO, CARLOS, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1992.

(2) BIDEGAIN, CARLOS MARÍA, *Cuadernos del Curso de Derecho Constitucional*, t. I, Abeledo Perrot, 1986.

constituyente los Estados Unidos han dado preeminencia a asegurar que el gobierno fuese limitado, a esos efectos se consagró la división del poder estatal y la adopción del sistema federal. Este posibilita la descentralización del poder en el territorio, técnica de organización que también garantiza contra los abusos a que puede llevar su ejercicio. Principios que se completaron con la adopción del control judicial de constitucionalidad ejercido por funcionarios no electos y con amplias competencias para establecer el alcance de los derechos individuales. Es importante tener en cuenta que este proceso presenta una evolución institucional diferente en Europa, que abrazó la forma de gobierno parlamentaria y estableció un sistema de control de constitucionalidad distinto del norteamericano, a través de la creación de tribunales constitucionales. En América Latina, si bien el sistema predominante es el estadounidense, en las últimas reformas constitucionales de varios países se han adoptado modalidades tomadas del constitucionalismo europeo.

La pretensión del constitucionalismo de controlar y limitar al poder estatal tiene sus raíces en los movimientos surgidos en Francia en el siglo XVIII, como son el racionalismo y la ilustración, frutos de la modernidad.

a) Concepto de poder constituyente

Llegamos así a la necesidad de definir el aspecto central de este capítulo que consiste en definir qué consideramos cuando hablamos de poder constituyente. El poder, a secas, es una capacidad o en términos más actuales una energía, que cuando lo relacionamos con la potestad constituyente, nos coloca frente a la competencia que tiene como finalidad la elaboración de una Constitución en aras de organizar de un Estado. Bidart Campos sostiene que el poder es la competencia o la energía para cumplir con un fin y, constituyente, es el poder que da Constitución al Estado, a fin de organizarlo, de establecer su estructura jurídica y política. De modo tal que el ejercicio del poder constituyente permite a una comunidad determinada organizarse con la finalidad de asegurar a sus integrantes el reconocimiento expreso de sus derechos y de las garantías necesarias para hacerlos valer, para asegurar su defensa y vigencia frente a toda circunstancia adversa que impida de alguna manera su efectivo ejercicio. Este objetivo se logra a través de una organización del poder que permita la representación del pueblo en la gestión de los ideales que lo han llevado a su conformación como Estado. El ejercicio de este poder constituyente tiene su fundamento en la teoría de la soberanía popular.

i) Poder constituyente originario y derivado

Hasta aquí nos hemos referido a casos de poder constituyente originario. Ahora bien, cuando el Estado organizado jurídica y políticamente por su primera Constitución decide introducir reformas a la Constitución tal como ha sido concebida por el poder constituyente originario, por caso, a las reglas de juego, o para adoptar nuevos mecanismos de defensa de las libertades o nuevas metas socio económicas, en fin, adecuar el texto constitucional a los tiempos y circunstancias del momento, en tal caso deberá pronunciarse el denominado poder constituyente derivado. En síntesis, cuando el poder constituyente se ejerce por primera vez a fin de elaborar una Constitución que se acomode con la definición que ha dado de ella el constitucionalismo clásico, hablamos de poder constituyente originario y cuando una vez establecida se vuelve a ejercer el poder constituyente, para modificar alguno o algunos de sus contenidos, de acuerdo al procedimiento que la propia Constitución establece, se estará ejerciendo el poder constituyente derivado[3].

Autores como Bidart Campos, Vanossi y Bidegain consideran que también se produce el ejercicio del poder constituyente originario en un Estado ya constituido, cuando la Convención Constituyente convocada a reformar la Ley Fundamental decide llevar cabo innovaciones tan fundamentales a su texto que en realidad se produce una reforma total del mismo. Dejando a salvo el caso de una reforma total que no altere en lo sustancial el sentido y contenidos de la Constitución original. Cabe poner de manifiesto de que "uno de los rasgos más singulares de las Constituciones escritas de origen democrático es la previsión de reglas para su propia modificación. Podemos decir que constituye una nota muy peculiar de las Constituciones escritas el que prevean su propia modificación estableciendo por sí para sí mismas un mecanismo especial de enmiendas, diferenciado del sistema de producción legal ordinario"[4].

Merece una consideración especial la situación de aquellos Estados que no tienen Constitución escrita, en los cuales un cambio en la Constitución material también implica ejercicio del poder constituyente derivado. Ello, a pesar de que la teoría del poder constituyente ha surgido de la mano de las Constituciones escritas y rígidas.

---

(3) BIDART CAMPOS, GERMÁN, *Manual de la Constitución Reformada*, Ediar, Buenos Aires, 1996, t. I, p. 373.

(4) DIAZ RICCI, SERGIO, *Teoría de la Reforma Constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 2004, p. 399.

ii) Titulares del poder constituyente

Veamos cómo se justifica el ejercicio del poder constituyente por parte de un grupo de personas. ¿Quiénes son los titulares de ese poder constituyente originario, en una comunidad donde obviamente no existe ninguna norma constitucional? A esta pregunta respondió la teoría del poder constituyente del Abate Emmanuel Sieyès, cuando en el transcurso de los acontecimientos que desembocaron en la Revolución Francesa, la monarquía ya sin poder se vio obligada a convocar a los Estados Generales. Este órgano colegiado estaba formado por tres órdenes o estados: el de la nobleza, el del clero y el del llamado tercer estado o estado llano. Este último correspondía a los no privilegiados. Hasta entonces en los estados generales se votaba por órdenes y el tercer estado estaba en desventaja numérica en relación con la alianza indestructible que conformaban los otros dos. Para lograr el control era indispensable una reforma en la estructura de la asamblea. Es entonces cuando Sieyès escribe su folleto "Qué es el tercer estado", son famosas las palabras iniciales "¿Qué es el tercer estado? Todo ¿Qué ha sido hasta ahora en el orden político? Nada ¿Qué pide? Llegar a ser algo". Para concluir que el clero y la nobleza no tienen méritos ni capacidades propias, mientras que en el tercer estado radica íntegra la nación. Amigo de los dilemas, Sieyès se pregunta si Francia tenía o no una Constitución, para responder que no la poseía, y que el pedido del tercer estado de representar a la nación implicaba una alteración a la forma en que se daban las normas, este poder que solicitaba el tercer estado equivalía al poder de darse una Constitución.

Sieyès tenía que demostrar que los estados generales no podrían tomar una decisión tal porque afectaba a su propia estructura y que debía ser adoptada por la nación mediante una reunión de sus representantes extraordinarios, delegados especialmente para expresar la voluntad nacional. Es a partir de este supuesto y de esta necesidad de justificar la competencia en uno de los estados y no en la asamblea, que este pensador elabora la teoría del poder constituyente, a fin de determinar quiénes son sus titulares y cuáles son las condiciones para su ejercicio. Es así como aparece la diferenciación entre poder constituyente y poder constituido. Llevado este concepto a nuestros días, podemos concluir que la competencia para dictar la primera Constitución radica en quienes, dentro del mismo pueblo, están en condiciones en un momento dado de determinar con suficiente consenso social la estructura fundacional del Estado y de adoptar la decisión fundamental de conjunto. Una cuestión que se plantea inevitablemente cuando se habla de poder constituyente originario, es el de las posibles, limitaciones al mismo. Es decir cuando se ejerce el poder constituyente fundacional, aquellos que ejercen la re-

presentación del pueblo, se encuentran con límites preestablecidos por algún tipo de norma moral, de derecho natural, de derecho internacional, por la realidad socio cultural y económica? A este interrogante responde el maestro Bidart Campos[5] en los siguientes términos "La ilimitación no descarta: a) los límites suprapositivos del valor justicia... b) los límites que pueden derivar colateralmente del derecho internacional... c) el condicionamiento de la realidad social...". El poder constituyente originario tiene como titulares al pueblo todo, a la comunidad que ha decidido organizarse en forma de Estado. Esta fórmula permite encontrar una justificación a la representatividad invocada y ejercida por algunos para, en nombre del pueblo, darse su primera Constitución. Así podemos sintetizar diciendo que el poder constituyente es la potestad de dictar la primera Constitución o cambiar la vigente dándole un sentido político sustancialmente diferente[6]. Se suele distinguir el poder constituyente originario (al que corresponde a la anterior descripción) del poder constituyente reformador (que es el que, como ha quedado dicho, realiza reformas a la Constitución).

b) El poder constituyente originario en nuestra organización nacional

Veamos qué pasó en nuestro proceso constitucional, con el ejercicio del poder constituyente originario. La Constitución de 1853, era el instrumento por el que se fundaba el Estado, la Confederación Argentina y se organizaba política, social y económicamente. La Constitución tenía el claro sentido fundacional de un Estado, organizador de poderes, creador de una nueva cultura y de progreso, tenía también el sentido de unir a un grupo de territorios o provincias vastos y mal delimitados, o con límites aún desconocidos por quienes pretendían gobernarlos, además con un población escasa y mal distribuida, que se había desangrado en las luchas encaminadas a su independencia y luego en enfrentamientos internos. La primera había tenido por finalidad adquirir una personalidad propia diferente de la de quien dominaba. Implicaba vencer las dificultades propias de quien comienza a ser libre, una tarea de construcción de una identidad propia. Pero, también la puesta en práctica de la Constitución tenía por finalidad superar las disputas internas y alcanzar la paz y la unión nacional, ese sería el camino más seguro para alcanzar el progreso y la ilustración. Sin embargo esta segunda tarea quedó pendiente hasta 1860, por falta de adhesión a un compromiso compartido entre

(5) Ob. cit., p. 374.
(6) BIDEGAIN, CARLOS, ob. cit.

todos los actores sobre cual debía ser el sistema jurídico argentino[7]. La Constitución de 1853, si bien anterior al ciclo del constitucionalismo social, permitió alcanzar dos difíciles equilibrios, por un lado la libertad y la seguridad y por otro la democracia y la eficacia. Aquella Constitución fue una verdadera Constitución es decir el producto de la elaboración del pueblo en ejercicio del poder constituyente a través de sus representantes. Se trató de una creación representativa de la soberanía o sea de un acto que estableció las grandes reglas del juego institucional del país a las que en adelante deberían atenerse gobernados y gobernantes.

Nuestra Constitución de 1853 es codificada, sus 110 artículos reúnen las reglas fundamentales que regulan las relaciones de sus habitantes dentro de una sociedad políticamente organizada conforme a los principios y técnicas del Estado de Derecho. Se trata de una Ley Fundamental rígida, en tanto sólo puede modificarse por procedimientos extraordinarios, diferentes a los exigidos para la sanción de una ley común[8]. Asimismo, el proceso reformador contempla la participación popular a través de una elección previa. Se trató, asimismo, de una Constitución derivada, ya que sus autoridades proclamaban que no pretendían originalidad, y que la forma de gobierno que contempla el art. 1º sostenían era preexistente y la adaptaban a las peculiaridades de nuestro país. Era una Constitución lo suficientemente pragmática como para permitir que nuevas doctrinas y nuevas modalidades se pudieran adecuar a los tiempos y a los cambios que se produjeran por el normal transcurso del tiempo. Se logró una Constitución de conciliación, y no de imposición, pues a través de ella se plasmó una suerte de síntesis que expresaba un consenso y una confluencia de puntos de vista, que Alberdi llamaba forma de Estado mixta. Asimismo, se trató de una Constitución sumaria o genérica en tanto y cuanto desarrolla los grandes lineamientos, aquellos que precisan del establecimiento preciso de reglas de juego, a ser adaptadas a través de normas que cuál medidas permitan su actualización periódica. Sus autores *tenían claro que era un medio y no un fin, un medio para* alcanzar los objetivos enunciados en el preámbulo. Con la incorporación de Buenos Aires, la Constitución terminó de adquirir el sentido que tuvo para la organización nacional. Implicó un nuevo equilibrio de poderes, que es el que en teoría continúa vigente, con las modificaciones producidas por la última reforma de 1994.

Existe consenso para aceptar, a pesar de las objeciones que pueden realizarse a la reforma de 1860, por no haberse observado el requisito del plazo de diez años desde la sanción de la Constitución que su texto

(7) CIONFRINI, ERNESTO, *Constitución de la Nación Argentina*, t. I, Asociación Argentina de Derecho Constitucional.
(8) Ver Capítulo I.

imponía para poder ser modificada, que se trató de un proceso constituyente abierto (poder constituyente originario) que culminó con la incorporación de la Provincia de Buenos Aires, luego del Pacto de San José de Flores del 11 de noviembre de 1859. Así Bidart Campos manifiesta que el proceso se preparó desde 1810, su nacimiento tendría fecha cierta en *1853 y su culminación en 1860*[9]. *En permanente lucha por la vigencia* plena de nuestra Constitución, recordamos las palabras de Carlos Nino en la obra citada: "Una vez que esa Constitución se dictó en 1853 y se consolidó en 1860, gracias sobre todo a la acción de Justo José de Urquiza, y al pensamiento de hombres como Juan Bautista Alberdi, Juan María Gutiérrez y Benjamín Gorostiaga, siguió siendo un objetivo de muchos que esta Constitución tuviera efectiva vigencia y diera lugar a las prácticas, los hábitos y actitudes necesarias para que ella fuera algo más que una hoja de papel y constituyera el conjunto de reglas de juego básicas para el funcionamiento de la sociedad. Para decirlo en palabras de Alberdi, la aspiración era que la Constitución constituyera una verdadera carta de navegación para guiar los destinos del país".

c) Poder constituyente derivado o reformador. Ejercicio. Límites. El debate sobre las cláusulas pétreas

El art. 30 establece el procedimiento de reforma, cuyo texto contempla las hipótesis de reforma parcial y total de la Constitución. Así determina que ella "puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes". En tal sentido, aparece la controversia en relación con la posibilidad o no de que una reforma total pueda alcanzar aquellos elementos que la doctrina identifica bajo la denominación de "contenidos pétreos". Si aceptamos la existencia de límites en materia de contenidos hemos de permitir de manera concomitante que su violación por la Convención Constituyente reformadora, pueda acarrear la inconstitucionalidad de la reforma, hipótesis en la cual estaríamos ante un caso de reforma inválida, nula o inconstitucional.

Si la interpretación es gramatical la literalidad de la cláusula inhibe toda conclusión que importe una restricción al *quantum* de la reforma. Pues donde dice "en el todo" es en su totalidad —sin excepciones—, se estaría hablando de un todo cuantitativo. Por el contrario si se toma la expresión "todo" en el sentido de los contenidos o partes que pueden ser objeto de reforma, pero siempre que no puedan alterarse completamente cambiando su sentido estaríamos frente a lo que Bidart Campos denomina "contenidos pétreos". Especialmente, entre ellos considera a

(9) Ob. cit., t. I-A, ps. 480/481.

aquéllos que pueden reformarse pero no abolirse, como ocurriría con la forma de Estado democrático, federal, republicano o la confesionalidad del Estado. Así, considera que si bien la imposibilidad de reforma de estas cuestiones no surge de manera explícita de la Constitución, ello es así como una derivación de tipo valorativo de los mismos que lleva a reconocer que la prohibición de su reforma constituye una derivación lógica y que por lo tanto la respectiva restricción tiene un carácter implícito. Esta interpretación se apoya en argumentos que se relacionan con las realidades geográfica, cultural, histórica, religiosa de nuestro pueblo, vigente en el momento en que los convencionales constituyentes sancionaron el texto constitucional histórico 1853-1960. Todos ellos elementos que marcan un claro límite al poder constituyente originario.

Al igual que la doctrina mayoritaria en la materia no compartimos esta posición. Ello, en razón de que no resulta una derivación lógica del texto constitucional, el que es por demás categórico en el sentido de habilitar el ejercicio del poder constituyente derivado sin límite alguno en cuanto al contenido. Es de destacar que aquellas Constituciones, como por ejemplo la de Portugal de 1976, que disponen este tipo de restricciones, lo hacen de manera explícita en algunas de sus cláusulas. Por último, creemos que resulta ocioso imponer esta suerte de condiciones ya que en definitiva, si una determinada sociedad aspira a ver reflejado en el articulado de su Constitución determinados cambios que conforman sus metas en cuanto a la evolución de las reglas fundamentales que la rigen, de nada servirán las prohibiciones. Ya sea por ejercicio del poder constituyente derivado o llegado el caso, del originario, esas enmiendas se concretarán. Nos parece que no corresponde congelar el devenir de una comunidad política a los objetivos que tuvieron quienes redactaron originariamente el texto constitucional.

2. EL ARTÍCULO 30 Y EL PROCEDIMIENTO REFORMADOR

La Constitución argentina establece en su art. 30 el procedimiento a seguir para la reforma de su texto. La mencionada norma expresa que: "La Constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes. La necesidad de reforma debe ser declarada por el Congreso con el voto de dos terceras partes, al menos, de sus miembros; pero no se efectuará sino por una convención convocada al efecto". Cabe señalar que estamos frente a una de las cláusulas constitucionales que presentan el *mayor número de "lagunas" o de vacíos regulatorios, cuya ausencia han* generado serias dificultades de aplicación, dadas las diferentes interpretaciones que se han formulado sobre los prerrequisitos para que se pueda llevar a cabo una enmienda.

El procedimiento adoptado por el constituyente para introducir modificaciones al texto constitucional constituye uno de los aspectos relevantes de nuestra Carta Magna, su carácter de Constitución "rígida". Como ya hemos visto en el Capítulo I, son rígidas aquellas Constituciones que para su reforma requieren de un procedimiento distinto al previsto para la sanción de las leyes y que incluyen la integración de un cuerpo deliberativo específico para cumplir con tal función, distinto de los órganos legislativos ordinarios. Categoría que exige un procedimiento más gravoso del normal para la sanción de las leyes, ya que de lo contrario, estaríamos ante una ley común y no ante la Ley Suprema de la Nación.

a) Antecedentes

Este artículo reconoce como antecedente nacional el Proyecto de Constitución de Juan Bautista Alberdi para la Confederación Argentina, pues los restantes proyectos constitucionales (Proyecto de Constitución para las Provincias Unidas del Río de La Plata de la Sociedad Patriótica, Proyecto de Constitución de 1819, Constitución de 1826, Proyecto de Constitución para la República Argentina de Pedro de Angelis) regulaban la materia en forma diversa.

La norma analizada ha sufrido diversas mutaciones, la redacción actual es la consagrada por la reforma de 1860, ya que el texto de 1853 prohibía el ejercicio del poder constituyente derivado hasta "pasados diez años desde el día en que la juren los pueblos". La reforma de 1949 —que rigió desde su sanción hasta la declaración de nulidad efectuada por el gobierno *de facto* en abril de 1956— modificó su texto, estableciendo que la declaración de necesidad de la reforma dictada por el Congreso debía contar con el voto de las dos terceras partes de sus miembros presentes. Con el agregado en su segundo párrafo, de la delegación al Congreso de la Nación del dictado de una ley especial, que impusiera sanciones para quienes preconizaran o difundieran métodos o sistemas mediante los cuales, por el empleo de la violencia, se propusieran suprimir o cambiar la Constitución o alguno de sus principios básicos. El restablecimiento de la Constitución histórica de 1853-60 en 1956 pone por ende nuevamente en vigencia el procedimiento previsto por el constituyente originario. Esta redacción fue mantenida por el constituyente reformador de 1994, ya que la ley declarativa de la necesidad de la reforma impedía la modificación de los primeros treinta y cinco artículos de la Constitución.

b) Etapas del procedimiento constituyente

Según las disposiciones del art. 30, la Constitución sólo puede ser modificada con la intervención de tres cuerpos diferentes, que actúan de manera sucesiva —Congreso, electorado y convención—, en un proceso compuesto por un número idéntico de etapas. Analizaremos las tres etapas mencionadas.

i) Etapa preconstituyente

Esta primera etapa del procedimiento exige el pronunciamiento del Congreso de la Nación quien se expresa a través de la declaración de la necesidad de la reforma. Esta decisión se ha manifestado en todas las ocasiones en que se reformó nuestra Constitución, por medio de la sanción de una ley. Si bien es un acto que carece de contenido legislativo, el Congreso ha utilizado históricamente la forma de ley para su cumplimiento. Esta ha sido la costumbre constitucional en el proceso de reforma, y así lo indican los antecedentes de los gobiernos *de iure*, en las reformas de 1860, 1866, 1898, 1949 y ha sido también el procedimiento seguido con motivo de la última reforma constitucional de 1994.

ii) Declaración de la necesidad de la reforma

La ley declarativa de la necesidad de la reforma requiere para su sanción de la observancia del procedimiento establecido en la Constitución para la formación de las leyes. Según el art. 30, la aprobación de la necesidad de la reforma requiere de los dos tercios de los miembros del Congreso. Acá aparecen las dos primeras "lagunas" a las que hemos hecho referencia anteriormente. En efecto, el texto en comentario no especifica si se trata de los miembros totales, ni tampoco si las Cámaras del Congreso deben manifestar su voluntad de manera separada. Sin embargo, una interpretación que tome en cuenta a las cláusulas concordantes permite llenar de manera razonable estos vacíos. Por ello entendemos junto a la mayoría de la doctrina, que cuando la Constitución habla de los dos tercios de miembros, esa mayoría agravada debe ser calculada sobre los integrantes totales de cada Cámara. Ello, si se tiene en cuenta fundamentalmente de que en los casos en que la mayoría debe ser calculada sobre los legisladores presentes, la Constitución así lo manifiesta de manera expresa[10].

Es de destacar que esta mayoría agravada tan elevada se condice con la naturaleza y trascendencia del acto en cuestión, nada menos que la revisión de la norma que se ubica en el vértice superior de la pirámide jurídica, que determina el orden de prelación de los instrumentos jurídicos que conforman el bloque federal de constitucionalidad. Asimismo, la necesidad de que cada una de las Cámaras se pronuncie de manera

(10) Ver arts. 59 y 86 de la CN.

separada es una conclusión que surge de manera indudable cuando se observa la manera en que el constituyente ha considerado la actuación de las mismas para el proceso de formación y sanción de las leyes. Cómo pensar que para la redacción de un instrumento tan fundamental para el Estado de Derecho el constituyente habría podido considerar que el legislativo se exprese a través de una reunión conjunta de sus Cámaras. Para mayor abundamiento, se debe recordar que cuando la Constitución, en las escasas oportunidades en que lo hace, decide la reunión del Congreso en asamblea, lo determina de manera expresa. Un desconocimiento de estas consideraciones importaría un serio ataque a la forma federal de Estado, ya que en razón de la diferencia de miembros de cada una de las Cámaras, las provincias verían seriamente debilitada su presencia al momento de definir nada menos que el contenido de la norma que define el pacto social de los argentinos.

iii) Fijación de los alcances y convocatoria

De acuerdo con la práctica constitucional, la ley declarativa de la necesidad de la reforma se pronuncia sobre su alcance, al determinar si ésta debe ser total o parcial. De decidirse por esta última deberá indicar los puntos de la Ley Fundamental susceptibles de ser modificados por la Convención Constituyente.

La atribución del Congreso de fijar el temario de la Convención, cuando se trata de reformas parciales al texto constitucional, ha sido reconocida en forma unánime por la doctrina, puesto que "...la reforma parcial supone provocar el funcionamiento de un órgano que sólo puede reformar ciertas y determinadas prescripciones, ya que de lo contrario se confundiría con una reforma total y perdería toda razón de ser la distinción adoptada por la Constitución..."(11).

Otros aspectos que debe contemplar esta ley son las pautas para la convocatoria a elecciones de convencionales constituyentes y las relacionadas con la convención y su funcionamiento, tales como el plazo y lugar para sesionar, el número de constituyentes, los requisitos para ser elegido y las de índole presupuestaria.

iv) Etapa electoral

Si bien la Constitución nada dice sobre el modo como deben ser elegidos los convencionales que integrarán el órgano colegiado encargado de llevar a cabo la reforma —tercera laguna—, una interpretación integrada del texto constitucional lleva claramente a la conclusión de que debe convocarse a elecciones. En efecto, para llenar esta "laguna constitucional" es necesario observar que el constituyente determina este procedimiento para la designación de los miembros del Congreso, órgano colegiado por antonomasia que tiene a su cargo la deliberación en aras de lograr la sanción de las leyes de la república. Pues bien, sería impensable que se hubiera tenido en cuenta otra modalidad, cuando de lo que se trata es de modificar la Ley Fundamental. Ello, en tanto y cuanto una ley común exige que el cuerpo encargado de elaborarla esté integrado por representantes del pueblo que han sido elegidos en el marco de un proceso electoral. De lo contrario, los constituyentes actuarían desprovistos de la legitimidad democrática que los habilita a llevar a cabo la trascendente tarea que deben realizar.

(11) VANOSSI, JORGE R., ob. cit., p. 393.

Así la cosas, esta segunda etapa consiste en el llamado a comicios para la designación de los miembros de la convención. Estos serán elegidos de acuerdo con el sistema y las modalidades previstos en la ley declarativa de la necesidad de la reforma. Esta debe determinar el número de convencionales, la fórmula o sistema electoral destinado a determinar como se repartirán las bancas entre los diferentes partidos que participen de la contienda y la asignación de la partida presupuestaria especial destinada a afrontar los gastos de esta etapa y la siguiente. La ley declarativa sólo establece las normas más importantes que reglamentan el funcionamiento de la Convención, dejando en manos de ésta la elaboración de las restantes, las que conformarán su reglamento.

El electorado, al inclinarse por las listas de uno u otro partido político lo hace igualmente a favor de una u otra propuesta, las que deben limitarse a los puntos objeto de enmienda establecidos en la ley declarativa. Cabe recordar que la ley electoral nacional concede a los partidos el monopolio en materia de candidaturas para los cargos electivos.

Cabe señalar que en procesos constituyentes provinciales y locales se han puesto en marcha experiencias de participación ciudadana que han enriquecido con su intervención la labor de redacción de los nuevos textos constitucionales. Entre éstos podemos señalar los casos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (1996) y de Ushuaia (2002), para la elaboración de su Constitución y Carta Orgánica Municipal, respectivamente.

v) La Convención Nacional Constituyente Reformadora

La tercera y última etapa se lleva a cabo con la reunión de la Convención Constituyente, convocada especialmente para efectuar la reforma, una vez que han sido elegidos sus miembros. Este cuerpo delibera de

acuerdo con el régimen establecido en la ley declarativa y en su propio reglamento. A la Convención le cabe la tarea de efectuar la reforma.

La Convención puede limitarse a trabajar sobre las modificaciones que considere pertinentes, omitiendo el tratamiento de otros puntos contemplados en el menú elaborado por el Congreso en ejercicio de su función preconstituyente. En consecuencia, las enmiendas señaladas por el Congreso a la convención integran un "techo" para su labor, esto es, un límite máximo, pero nada impide que aquéllas se vean reducidas, si el órgano constituyente lo estima conveniente, e inclusive que no efectúe ninguna de las reformas propuestas por el Congreso. En caso de reforma parcial, la convención no puede agregar puntos al menú de enmiendas contenido en la ley declarativa. Si lo hiciera estaría violando la labor del Congreso en su calidad de titular del poder preconstituyente, también desconocería la voluntad popular expresada en las urnas en la etapa electoral. Esto último, en razón de que los electores han votado en función del marco determinado por la etapa preconstituyente, dentro del cual se ha establecido el alcance parcial de la reforma y los puntos a enmendar. De manera tal que el proceso constituyente debe ser interpretado y llevado a cabo como una sucesión coherente de actos jurídicos (las etapas que se han descripto), que no constituyen decisiones aisladas, sino por el contrario, éstas se encuentran directamente relacionadas entre sí, hasta tal punto que cada una de ellas se ve predeterminada por lo establecido en la anterior.

3. Las reformas a nuestra Constitución Nacional

a) Reforma de 1860

Se trató de la primera reforma luego de la sanción de la Constitución de 1853, pero el mecanismo que se observó para arribar a ella no derivó de las previsiones del art. 30 de la Ley Fundamental, sino de pactos celebrados entre la Confederación Argentina y el Gobierno de la Provincia de Buenos Aires (Pacto de San José de Flores del 11 de noviembre de 1859 y Convenio del 6 de junio de 1860). Como ya se mencionó el objeto de esta enmienda fue la de permitir la incorporación del "Estado" de Buenos Aires al "Estado" de la Nación Argentina.

En los pactos antes referidos no se hace mención del art. 30 —que, según dijimos, no permitía introducir reformas al texto de la Constitución hasta diez años después de su sanción— y la Convención de 1860 recibió el nombre de "Convención Nacional ad hoc", denominación que destaca el carácter extraordinario de este proceso reformador.

El Pacto de San José de Flores estableció que antes de la reforma debía reunirse una "Convención Provincial" en Buenos Aires con el objeto de examinar la Constitución de 1853 y proponer modificaciones a su texto. Luego de formuladas las observaciones, el Congreso Federal debía convocar a una Convención "ad hoc", a la cual Buenos Aires enviaría sus representantes, para introducir reformas al texto originario (art. V del Pacto).

Existen enconadas disputas desde el punto de vista histórico y doctrinario sobre el carácter que debe otorgarse a este especial proceso reformador. Las posiciones quedan expresadas en el siguiente interrogante que contiene los dos puntos de vista sobre la cuestión: ¿el proceso de 1860 importó el ejercicio del poder constituyente derivado o con él se cerró el ciclo del poder constituyente originario abierto en 1853?

Coincidimos con quienes sostienen que en 1860 finaliza el proceso constituyente iniciado en 1853 en razón de que, la potestad fundacional de nuestro Estado (en su integridad) recién se perfecciona en 1860, a pesar de que el acto fue revestido de la apariencia de una reforma constitucional, como afirman, Bidart Campos, Sánchez Viamonte y Vanossi. En realidad quienes negociaron fueron dos Estados soberanos, por un lado la Confederación y por el otro, la Provincia de Buenos Aires, la que había resultado triunfante en el campo militar e impuso las condiciones para ingresar a la Nación argentina; por lo tanto, plasmaron su voluntad en un instrumento de carácter internacional el Pacto de San José de Flores. En consecuencia, la situación es diferente de la prevista en el art. 30 para el ejercicio del poder constituyente derivado, ya que éste se sustenta en la existencia de un único Estado nacional, desde cuyo seno se decide producir modificaciones al texto constitucional.

Entre las reformas de mayor trascendencia introducidas en esta ocasión, se destacan las dos enmiendas al procedimiento reformador. En primer lugar, se elimina la exigencia de que sólo el Senado podía iniciar las reformas de la Constitución (art. 51 del texto originario) y, en segundo lugar, se deja sin efecto la prohibición de reformar la Constitución de 1853 hasta pasados diez años de su juramento. Explica Vanossi que estas dos enmiendas vinieron a "sincerar" la Ley Suprema con la realidad que se había impuesto sobre aquellas normas, ya que la mencionada Convención "ad hoc" se realizó al margen de estas disposiciones. Asimismo, se profundiza el federalismo ya que se elimina la necesidad de aprobación por parte del Congreso de las Constituciones provinciales, como así también de prestar su consentimiento luego de la celebración de tratados parciales por parte de las provincias.

b) La Convención Nacional de 1866

La iniciación de este proceso reformador se realizó a través del dictado de dos leyes: la 171 que convocó a la Convención Constituyente y fijó su objeto y la 172 que reguló su elección y reunión. Esta reforma se limitó al examen del art. 4º (formación del tesoro nacional) y del inc. 1º del art. 67 (hoy art. 75) sobre derechos de exportación; y, anticipó la tesis conforme a la cual el Congreso fija en caso de reformas parciales la órbita de competencias del órgano constituyente. En razón de que esta modalidad quedó claramente plasmada en la respectiva declaración de necesidad de la reforma que se concretó a través de una ley del Congreso, inaugurando, asimismo, la realización de este acto a través de un instrumento de esta naturaleza.

c) Reforma de 1898

Nuevamente se la declaró mediante el dictado de una ley, la nº 3507 que estableció la necesidad de llevar a cabo una reforma parcial, cuyo objeto estaba contenido en los tres siguientes puntos: a) el número de habitantes que el art. 37 debía fijar como base para la elección de diputados al Congreso; b) el número de ministros del Poder Ejecutivo (art. 87); y c) la instalación de aduanas libres en los territorios del sur de la República (art. 67, inc. 1). Las restantes disposiciones de la ley estaban destinadas a regular la organización de la convención reformadora. Entre ellas, cabe destacar la que establecía la cantidad de convencionales por cada Provincia y la que fijaba el plazo de reunión en treinta días posteriores a su instalación.

La Convención de 1898 efectuó una interpretación restrictiva de sus facultades aun respecto de los artículos cuya reforma estaba autorizada por el Congreso en la ley de convocatoria, puesto que rechazó el pedido de algunos convencionales para abocarse a la concesión de representantes del pueblo de los Territorios Nacionales en la Cámara de Diputados de la Nación por vía de una reforma al art. 37. Si bien la ley autorizaba la enmienda de este artículo, sólo se refería al número de habitantes que debían ser tomados como base para la elección de diputados al Congreso, mientras que la cuestión señalada fue considerada ajena al objeto de la convocatoria.

d) Reforma de 1949

Mediante el dictado de la ley 13.233, en agosto de 1948, se declaró la necesidad de la reforma constitucional sin indicar su extensión y con la

mención genérica de adaptar sus disposiciones a la defensa de los derechos del pueblo y del bienestar de la Nación. Las restantes normas de la ley regulaban la convocatoria a la Convención Constituyente, régimen electoral y condiciones de elegibilidad de sus miembros, sede y plazo de la convención, entre otras materias relativas al funcionamiento del cuerpo.

La sanción de esta ley no contó con el voto de los dos tercios de los miembros del Congreso, sino con los dos tercios de los miembros presentes. Con motivo de este vicio del procedimiento legislativo, los convencionales de la oposición luego de la sesión del 8 de marzo de 1949, impugnaron la validez de la convocatoria y se retiraron de la convención. Por lo tanto la reforma fue aprobada sólo por los convencionales del partido mayoritario. La minoría había planteado un proyecto de resolución que proponía la nulidad de la convocatoria y la inexistencia legal de la Convención, por no haberse respetado el procedimiento previsto en el art. 30 de la Ley Suprema.

Es interesante destacar que la reforma incluyó cláusulas transitorias, de contenido muy poco democrático, como la que obligaba a los funcionarios públicos a jurar el acatamiento a la nueva Constitución, bajo apercibimiento de la pérdida del cargo. O la exigencia de nuevo acuerdo del Senado a todos los funcionarios en cuya designación estuviera ya establecido el requisito del acuerdo de la Cámara Alta. Una cláusula ordenó a las legislaturas provinciales a reformar sus Constituciones para adaptarlas a la nueva redacción de la Constitución Nacional.

e) Reforma de 1957

El gobierno *de facto* que asumió el poder luego del derrocamiento del Presidente Perón en ejercicio del segundo período de gobierno en 1955, invocando "poderes revolucionarios", declaró el 27 de abril de 1956 el restablecimiento de la vigencia de la Constitución nacional de 1853, con las reformas de 1860, 1866 y 1898, excluyendo la de 1949. Como consecuencia se obligó a ajustar su acción a la Constitución restablecida, siempre que no se opusiera a los fines de la revolución y a la organización y conservación del gobierno provisional.

Mucho se ha escrito y discutido sobre el alcance de esta decisión del gobierno *de facto*. Resulta ilustrativa al efecto, la opinión de Bidart Campos, quien entiende que el gobierno provisional no ejercitó poder constituyente, sino que se limitó a abrogar la reforma de 1949, que por sus vicios formales y por su contenido totalitario, resultaba nula. Vanossi estima que la mencionada proclama de abril de 1956 implicó el ejercicio de poder constituyente "por vía autocrática y en etapa revolucionaria", ya

que se sustituyó una ley suprema por otra y se modificaron las competencias constitucionales.

Mediante decreto 3838 del 12 de abril de 1957, el gobierno *de facto* declaró la necesidad de la reforma parcial de la Constitución de 1853 e invocó nuevamente para el dictado de dicho acto el ejercicio de poderes revolucionarios. La norma citada fijó los temas de la reforma, posibilitando la introducción de modificaciones a 30 artículos de la Constitución, y reguló el funcionamiento de la convención; pero las impugnaciones a la validez de la convocatoria motivaron el retiro de los convencionales de la segunda minoría (la Unión Cívica Radical Intransigente) e impidieron el tratamiento del amplio temario.

Relata Félix Luna que "...Con quórum estricto, el cuerpo siguió deliberando no obstante la ausencia del bloque mayoritario (a pesar de la diferencia de votos a favor de la UCR del Pueblo, el radicalismo intransigente había obtenido más bancas) y alcanzó a declarar nulas las reformas peronistas de 1949 y a agregar un artículo sobre derechos sociales. Luego se disolvió, al quedar sin número por el abandono que hicieron otros sectores..."[12].

No podemos desconocer, pese a los cuestionamientos formales a su convocatoria, que con la reforma de 1957 la Constitución de 1853 se incorpora al movimiento del constitucionalismo social, en la medida que jerarquiza los derechos sociales y económicos reconociéndoles rango constitucional y le otorga al Congreso Nacional la facultad de dictar el Código de Trabajo y Seguridad Social.

f) Reforma de 1994

i) Referencia histórica

Antes de entrar en el análisis del proceso reformador, mencionaremos los cambios constitucionales *de facto* que se produjeron en durante el gobierno autodenominado de la "Revolución Argentina". Nos referimos al denominado "estatuto Fundamental de 1972" o "enmienda Lanusse" que tuvo importantes consecuencias sobre el breve período constitucional que lo sucedió (25 de mayo de 1973/24 de marzo de 1976).

El gobierno *de facto* iniciado por el golpe de Estado de 1966, en ese momento bajo la presidencia del General Alejandro Agustín Lanusse, sancionó la ley 19.608 (3 de mayo de 1972) por la cual se declaraba la necesidad de una enmienda parcial de la Constitución. La reforma no fue efectuada por una convención sino por el propio gobierno mediante el dictado del mencionado estatuto.

(12) *La Argentina. De Perón a Lanusse,* Ed. Planeta, 1995, p. 102.

La enmienda debía tener una vigencia acotada en el tiempo, ya que el art. 4º del estatuto prescribía que ellas durarían hasta el 24 de mayo de 1977 y que, si una Convención Constituyente no decidía su incorporación definitiva al texto constitucional o su derogación antes del 25 de agosto de 1976, la vigencia de la reforma se prorrogaría hasta el 24 de mayo de 1981.

Las modificaciones introducidas mediante este mecanismo, totalmente reñido con las disposiciones del art. 30 de la Constitución, rigieron la elección de las autoridades constitucionales en 1973. Algunas de sus disposiciones (elección directa de presidente, vicepresidente y senadores; "ballottage"; tercer senador; acortamiento del mandato de senadores; extensión del período parlamentario; etc.), fueron receptadas por la reforma de 1994. Según Alberto García Lema la historia cercana del último proceso reformador "...se remonta a los últimos veinte años, y por una suerte de paradojal coincidencia a tres diciembres, separados entre sí por lapsos de diez años..."[13]. El primero de los diciembres evocados por el autor es el de 1973, cuando Juan D. Perón, en ejercicio de su tercera presidencia, recibe a Ricardo Balbín para arribar a un acuerdo político que permitiera "...sentar las bases consensuadas de una reforma constitucional...". Luego, señala el comienzo del gobierno radical en diciembre de 1983 como punto de partida para el debate de la reforma constitucional, concluida en diciembre de 1993 con la sanción de la ley 24.309, fruto del llamado "Pacto de Olivos".

Con anterioridad a la celebración del mencionado pacto, que posibilitó la última reforma, se inició el tratamiento parlamentario del proyecto impulsado por el partido gobernante en el mes de julio de 1993. La resistencia de los principales partidos de oposición con representación parlamentaria a la pretensión reformadora del oficialismo, resucitó el debate acerca de si la mayoría exigida por el art. 30 de la Constitución, debía contarse sobre los miembros totales del Congreso o sobre los miembros presentes en la sesión que votara la iniciativa. Con fundamento en el precedente de la reforma de 1949, los principales dirigentes del justicialismo, con excepción de Bordón, se inclinaron por sostener la interpretación que en aquel año les había posibilitado reformar el texto constitucional e insistían en que los dos tercios prescriptos en el art. 30 debían contarse sobre los miembros presentes.

(13) GARCÍA LEMA, ALBERTO, *La Reforma por dentro,* Ed. Planeta, 1994, p. 17 y ss.

El diputado por la UCEDE, Francisco Durañona y Vedia presentó un proyecto de ley reglamentario del art. 30 CN, que propiciaba la interpretación sostenida por el oficialismo, dictamen que no alcanzó a tener tratamiento legislativo por la celebración de un pacto entre los partidos radical y justicialista. El 7 de septiembre de 1993 se inició el tratamiento en el Senado de la Nación del proyecto de ley declarativa de la necesidad de la reforma, pero la postura contraria adoptada por los senadores justicialistas Bordón y Cafiero y la inseguridad sobre la posibilidad de destrabar los inconvenientes para arribar a una votación ampliamente favorable a la medida, hicieron que el debate se pospusiera para el 12 de octubre del mismo año.

Para lograr el voto favorable de la iniciativa, el oficialismo realizó un pacto con el senador Leopoldo Bravo, que implicaba modificaciones de importancia al proyecto presentado, en especial en lo concerniente a la duración del mandato de senadores y al mantenimiento de la elección indirecta de presidente, vicepresidente y senadores. La medida así consensuada alcanzó la media sanción del Senado, con el voto de los dos tercios de sus miembros totales, en la sesión del 21 de octubre de 1993. El Presidente Menem firmó el decreto 2181/93 convocando a una consulta popular sobre la materia a celebrarse el día 21 de noviembre de ese año. A partir de tal momento, comenzaron los acercamientos entre el justicialismo y el radicalismo, que culminaron con la celebración del Pacto de Olivos. Como consecuencia de ello, el gobierno suspendió la consulta popular convocada, y representantes de ambos partidos comenzaron a negociar las disposiciones del acuerdo. El 13 de diciembre de 1993 se suscribió el texto definitivo, dando origen al tratamiento legislativo de la medida consensuada por los dos partidos con mayor representación parlamentaria.

La Cámara de Diputados fue el órgano que trató en primer término el proyecto legislativo surgido del pacto y con los dos tercios de sus miembros totales aprobó el texto el 22 de diciembre de 1993. Al pasar la iniciativa al Senado de la Nación, se planteó la cuestión de determinar cuál de las dos Cámaras cumplía el rol de Cámara de origen, circunstancia que alcanzaba trascendencia dado el diferente criterio sostenido por los integrantes de este cuerpo legislativo, referido a la duración de sus mandatos y a la necesidad de determinar el procedimiento aplicable para la sanción definitiva de la ley.

La Comisión de Asuntos Constitucionales sostuvo en su dictamen que mantenía su calidad de Cámara de origen y por consiguiente, aconsejaba aceptar las enmiendas propuestas por la Cámara revisora (Diputados), con la excepción de la disposición referida al acortamiento del mandato de senadores a cuatro años y de la cláusula transitoria sobre

la materia. El 29 de diciembre de 1993 el Senado sancionó la ley de necesidad de la reforma (24.309) y luego comunicó a Diputados que había reafirmado su calidad de Cámara de origen y procedido a la sanción con las modificaciones antes señaladas. Dicha comunicación si bien no mereció objeciones de la Cámara baja, recibió la crítica de la mayoría de la doctrina, por entender que aun en el discutible supuesto de que la Cámara de Senadores hubiera sido la iniciadora de la medida, al enmendar las modificaciones introducidas por diputados, debió remitir nuevamente el texto a su consideración, de conformidad con lo dispuesto en el art. 71 de la Constitución entonces vigente.

Los sostenedores de la legitimidad del procedimiento utilizado para la sanción de la ley 24.309, opinaron que el art. 71 de la Constitución Nacional sólo contempla una segunda intervención de la Cámara revisora cuando las adiciones o modificaciones introducidas hayan sido rechazados por la Cámara originaria, con mayoría absoluta y con la finalidad de permitir que la Cámara revisora insista en sus modificaciones con las dos terceras partes de sus miembros. Pero, en el trámite de sanción de la ley 24.309, la Cámara revisora había actuado ya con la mayoría determinada en el mencionado art. 71, por lo cual siempre prevalecería el criterio de la Cámara de origen que también actuó con dicha mayoría, tornando de tal forma innecesaria la remisión impuesta por la cláusula constitucional[14]. Adherimos a la interpretación sustentada por parte de la doctrina —entre ellos, Sánchez Viamonte y Bidart Campos— que estima que el acto declarativo de la necesidad de la reforma carece de contenido legislativo. Es decir no es ley por su contenido sino por su forma, por lo tanto para la sanción de la ley que declara la necesidad de la reforma debe cumplirse con el procedimiento o forma establecida en la Constitución para la sanción de las leyes.

Por consiguiente, consideramos que la ley 24.309 ostenta en este punto un vicio formal al no haber dado cumplimiento estricto al art. 71 de la Constitución vigente al momento de su sanción. Ello en razón de que el Pacto de Olivos no guarda relación con el que fuera aprobado por el senado en octubre de 1993, tanto por su génesis como por su contenido, de allí que el carácter de Cámara de origen que se otorgó a sí mismo ese cuerpo carece de fundamento técnico.

ii) La ley 24.309

De conformidad con las prescripciones del "Pacto de Olivos", la ley 24.309 declaró la necesidad de la reforma parcial de la Constitución

(14) Ob. cit., p. 151 y ss.

de 1853 con las reformas de 1860, 1866, 1898 y 1957, con lo que el debate sobre la legitimidad de esta última quedó definitivamente zanjado. El art. 2º de la ley, determinó los artículos que la Convención Constituyente podía reformar, las adiciones a incorporar al texto constitucional y las facultades de dictar las cláusulas transitorias necesarias para el funcionamiento del nuevo esquema institucional. Esta disposición da forma legislativa al "Núcleo de Coincidencias Básicas", compuesto de trece ítems, cuyo contenido es el siguiente:

1) Atenuación del Sistema Presidencialista (regula la creación de facultades del Jefe de Gabinete de Ministros).

2) Reducción del Mandato del Presidente y Vicepresidente a cuatro años con reelección inmediata por un solo período, considerando el actual mandato presidencial como un primer período.

3) Eliminación del requisito de pertenencia a la religión católica para ser Presidente de la Nación.

4) Elección directa de tres senadores, dos por la mayoría y uno por la primera minoría, por cada Provincia y por la Ciudad de Buenos Aires y reducción de sus mandatos.

5) Elección directa por doble vuelta del Presidente y Vicepresidente de la Nación.

6) Elección directa del Intendente de la Ciudad de Buenos Aires y reforma de su "status" constitucional.

7) Regulación de la facultad presidencial de dictar reglamentos de necesidad y urgencia. Procedimiento para agilizar el trámite de discusión y sanción de las leyes.

8) Consejo de la Magistratura.

9) Designación de los magistrados federales.

10) Remoción de magistrados federales.

11) Control de la Administración Pública.

12) Establecimiento de mayorías especiales para la sanción de leyes que modifiquen el régimen electoral y de partidos políticos.

13) Intervención federal.

Conforme lo establecido en el Pacto de Olivos, este "núcleo" prevé en forma precisa el sentido de cada de cada una de las reformas a producirse, en algunos casos hasta proporciona un proyecto de redacción de las nuevas normas a incorporarse.

- *Temas habilitados*

De conformidad con lo acordado en el pacto que dio origen y contenido a la ley 24.309, el art. 3º contempla los llamados "temas habilitados para el debate de la Convención Constituyente". Estos forman un grupo de cuestiones sobre las cuales el Congreso no predeterminó su contenido y dejó en libertad a la convención para su tratamiento y la fijación de su alcance. Son ellos:

1) Fortalecimiento del régimen federal. Este punto se dividió en cuatro cuestiones, a saber: distribución de competencias entre la Nación y las Provincias; creación de regiones; jurisdicción provincial en los establecimientos de utilidad nacional; celebración de acuerdos internacionales.

2) Autonomía municipal.

3) Incorporación de la iniciativa de leyes y de la consulta popular como mecanismos de democracia semidirecta.

4) Establecimiento del acuerdo del Senado para la designación de funcionarios.

5) Actualización de las atribuciones del Congreso y del Poder Ejecutivo Nacional, previstas en los arts. 76 y 86 CN, respectivamente.

6) Incorporación de la figura del Defensor del Pueblo.

7) Ministerio Público como órgano extrapoder.

8) Facultades del Congreso respecto de pedidos de informes, interpretación y comisiones de investigación

9) Institutos para la integración y jerarquía de los tratados internacionales.

10) Garantías de la democracia en cuanto a la regulación de los partidos políticos. Sistema electoral y defensa del orden constitucional.

11) Preservación del Medio Ambiente.

12) Creación de un Consejo Económico y Social con carácter consultivo.

13) Adecuación de los textos constitucionales a fin de garantizar la identidad étnica y cultural de los pueblos indígenas.

14) Defensa de la competencia, del usuario y del consumidor.

15) *Consagración expresa del hábeas corpus y del amparo.*

16) Posibilidad de unificar la iniciación de todos los mandatos electivos en una misma fecha.

El art. 4º de la ley determina que la Convención Constituyente se reunirá con el único objeto de considerar las reformas al texto constitucional incluidas en los arts. 2º (núcleo de coincidencias básicas) y 3º (temas habilitados), con lo que se ratifica el carácter parcial de la reforma y el ámbito limitado de las modificaciones que se pueden introducir.

El art. 5º impone a la convención la votación conjunta de todas las cuestiones incluidas en el "Núcleo de Coincidencias Básicas", y que la votación afirmativa importará la incorporación de la totalidad de sus cláusulas, mientras que la negativa de cualquiera de los puntos contenidos en el núcleo provocará la nulidad absoluta de los restantes.

Esta norma incorpora una novedad dentro de nuestro derecho constitucional, ya que en ninguno de los precedentes históricos el Congreso había limitado en esta forma la competencia de la Convención Constituyente, predeterminando el contenido expreso de la parte sustancial de la reforma. Según hemos visto al desarrollar el procedimiento de reforma establecido en el art. 30, existe una clara delimitación de las facultades que corresponden al Congreso y a la Convención en un proceso reformador. Mientras que al primero de los órganos, en su carácter de poder constituido, se le otorga la atribución de ponderar la necesidad de la reforma y fijar su extensión; el segundo, es quien ejerce el poder constituyente al decidir la introducción o no de cada una de las modificaciones habilitadas, y fijar el contenido de ellas en caso de que la decisión sea afirmativa. En consecuencia, resulta evidente que la norma constitucional le concede a la Convención Constituyente la competencia para llevar *a cabo la reforma en base a las determinaciones del poder preconstituyente*, la que de ninguna manera pueden convertirla en un órgano meramente refrendatario de lo decidido por el Congreso.

El art. 6º sanciona con la nulidad absoluta cualquier decisión de la Convención Constituyente que se aparte de las prescripciones de los arts. 2º y 3º de la ley, la misma tendrá lugar en caso de cumplimiento parcial de los puntos establecidos en el "Núcleo de Coincidencias Básicas", aunque que se tratare sólo de unos de ellos.

El art. 7º, por su parte, repite lo expresado en la exposición de motivos del Pacto de Olivos en cuanto a la prohibición de introducir reformas a la parte dogmática de la Constitución. Sin embargo, esta disposición resulta contradictoria con el catálogo de temas habilitados en el art. 3º. *En efecto, cuestiones tales como la integración y jerarquía de los tratados* internacionales, la preservación del medio ambiente, la defensa del orden constitucional, los derechos de los aborígenes, la defensa de la competencia, del usuario y del consumidor y la consagración del hábeas corpus y del amparo, cualquiera sea el lugar que ocupen dentro del texto constitucional constituyen contenidos dogmáticos. Al respecto, pareciera que el legislador no ha tenido en cuenta que una Constitución es una norma única y que por lo tanto toda modificación que se introduzca en su texto repercutirá sobre todas las disposiciones que le sean concordantes. Máxime cuando como ha ocurrido en esta ocasión en que la reforma comprende un gran número de cláusulas y de aspectos fundamentales del texto constitucional. Resulta obvio que la introducción de nuevos derechos y garantías debería operar como una técnica de limitación de la autoridad estatal. Asimismo, las modificaciones por ejemplo, al Poder Judicial debería repercutir sobre la parte dogmática, en tanto y cuanto una justicia mejor organizada y más independiente es el mejor mecanismo para conseguir la plena vigencia de los derechos humanos. Por lo tanto, la creencia de que la prohibición de enmendar los primeros treinta y cinco artículos permitiría que ellos no sufrieran cambios, ha sido sin lugar a dudas una empresa imposible, ya que el rediseño que sufrió el articulado constitucional en los restantes capítulos, inclusive con la introducción de uno nuevo en la parte dogmática, titulado "Nuevos Derechos y Garantías", necesariamente impactaría sobre los artículos preservados que se pretendió preservar.

Los arts. 9º, 10 y 11 de la ley fijan las pautas de la etapa electoral del proceso reformador y establecen la convocatoria a Convención Constituyente dentro de los ciento veinte días de promulgada la ley. Se determinó que cada Provincia y la Capital Federal tendrían una cantidad de convencionales igual a la suma de los legisladores que las representan en el Congreso de la Nación.

Por otra parte se adoptó el sistema de elección directa de constituyentes, de acuerdo al mecanismo de representación proporcional (D'Hondt) aplicable a la elección de diputados nacionales, según la ley electoral vigente.

Las calidades para ser convencional constituyente fueron similares a las exigidas para los diputados de la Nación y la única incompatibilidad establecida fue la de ser miembro del Poder Judicial federal o provincial.

Por último, se establecieron normas concernientes al funcionamiento de la Convención, determinando las ciudades sedes del órgano (Santa Fe y Paraná), la fecha de iniciación de la labor dentro de los sesenta días posteriores a las elecciones generales para convencionales y la duración de su labor en noventa días improrrogables.

El art. 13 determinó que la Convención aplicaría el reglamento de la Cámara de Diputados, reconociéndole la facultad de modificarlo a fin de agilizar su funcionamiento. Esta facultad fue ejercida por el cuerpo al dictar su reglamento interno.

Se otorgó a los constituyentes las prerrogativas e inmunidades de las que gozan los diputados de la Nación y la percepción de una compensación económica equivalente a la de éstos, autorizando al Poder Ejecutivo a efectuar los gastos que demandase la ejecución de la ley declarativa.

Asimismo, se facultó a la convención a renumerar y compatibilizar la denominación de los títulos, secciones y capítulos de la Constitución según el resultado de su actuación.

4. CONTROL JUDICIAL DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció sobre los límites a las facultades de la Convención Constituyente reformadora de 1994, a través de una sentencia en la que decide la situación de uno de sus miembros, el doctor Carlos S. Fayt, frente a una de las modificaciones al Poder Judicial efectuadas por la última reforma constitucional. Se trata de una decisión de especial trascendencia para el derecho público argentino en tanto y cuanto importa un límite al poder constituyente derivado impuesto por el Poder Judicial, uno de los poderes constituidos, cuya decisiones por principio general deben necesariamente subordinarse al marco impuesto por el primero. Es de destacar la inexistencia en el derecho judicial argentino de otra sentencia que en el pasado hubiera declarado inconstitucional parte del contenido de una reforma constitucional.

En pronunciamientos anteriores, el Máximo Tribunal había eludido su intervención con relación a vicios del procedimiento que de manera objetiva violaban el derrotero, entre otras cuestiones, para la formación de las leyes contemplado en la Ley Fundamental. Por el contrario, la decisión a que referimos, afecta el contenido de la reforma, es decir, no se limita al control del procedimiento. A continuación haremos una breve reseña de los casos destacados en este lineamiento jurisprudencial.

a) Cuestiones políticas no justiciables. Caso "Soria de Guerrero" (15)

En el marco de un conflicto laboral, fallado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 20 de septiembre de 1963, se impugnó la validez del art. 14 bis de la Constitución Nacional, con fundamento en que la Convención Constituyente de 1957 no había cumplido con las normas de su reglamento relativas al procedimiento para la aprobación de modificaciones al texto constitucional.

Llegadas las actuaciones a la Corte Suprema por la vía del recurso extraordinario, la mayoría del tribunal desestimó el planteo, al considerar exenta del control judicial la cuestión debatida, por aplicación de la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables, "la que reconoce fundamento en la exigencia institucional de la separación de los poderes del Estado..." (16).

No obstante ello, luego de enunciar el principio según el cual las facultades jurisdiccionales del tribunal no alcanzan al examen del procedimiento adoptado en la formación y la sanción de las leyes, el voto de la mayoría hace la siguiente salvedad: "Tal principio sólo cedería en el supuesto de demostrarse la falta de concurrencia de los requisitos mínimos e indispensables que condicionan la creación de la ley". Esta aseveración deja la incógnita acerca de cuáles serían esos requisitos, así como el modo en que el tribunal llegaría a comprobar su ausencia, sino es ejerciendo el control del procedimiento de formación de la ley.

Por su parte, el doctor Boffi Boggero, en su voto disidente, sostuvo que la doctrina mencionada en realidad detrae al Poder Judicial del conocimiento de causas en las cuales debe intervenir —con fundamento precisamente en el principio de separación de poderes— según lo establecen los arts. 100 y 101 de la Constitución Nacional. La respuesta está dada por la frase que hemos remarcado con la salvedad de que el control de la Corte sería viable en caso de cuestionarse los requisitos mínimos e indispensables para la creación de la ley.

b) Proceso de formación de las leyes. Caso "Polino" (17)

Dos diputados nacionales, Héctor Polino y Alfredo Bravo, ambos candidatos a convencionales constituyentes por la Unidad Socialista de la Capital Federal, dedujeron acción de amparo, antes de la celebración

(15) Fallos: 256:556.
(16) Consid. 2º.
(17) Fallos: 317:335.

del acto electoral del 10 de abril de 1994 para la integración de la Convención Reformadora, con el fin de que se declarase la nulidad del proceso legislativo que concluyó con la sanción de la ley 24.309. A los fines de su legitimación procesal, invocaron su calidad de ciudadanos y de representantes del pueblo. En cuanto al fondo de la pretensión, los amparistas argumentaron que la ley declarativa de la necesidad de la reforma fue aprobada por el Congreso sin respetar el procedimiento para la sanción de las leyes, previsto en el art. 71 de la Constitución entonces vigente.

La acción fue rechazada *in limine* en primera y segunda instancia. Interpuesto recurso extraordinario, también recibió el rechazo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con el voto disidente de dos de sus jueces.

El argumento esgrimido para el rechazo de la acción consistió en la falta de legitimación de los accionantes, pues se consideró que la calidad de ciudadano no es apta para fundar la acción de amparo que persigue la nulidad del procedimiento legislativo aludido, ya que su carácter general no permite tener por configurado un interés concreto, inmediato y sustancial que admita la existencia de un caso o controversia, requisito que se considera ineludible para el planteamiento de la acción.

Tampoco se consideró legitimante la condición de diputado nacional invocada por los demandantes porque no se había fundamentado en forma precisa y suficiente el interés derivado de tal carácter, para impugnar *el procedimiento de sanción de la ley cuestionada. Asimismo el Máximo* Tribunal de la República consideró contradictorio el interés alegado por los amparistas en su calidad de diputados —en cuanto no se le habría permitido discutir la modificación a la cláusula sobre el mandato de los senadores—, con el agravio invocado como ciudadanos con respecto a la elección de constituyentes que debían aprobar o rechazar en su conjunto las disposiciones del "Núcleo de Coincidencias Básicas". En consecuencia, el fallo se estructura en torno a la falta de fundamentos que sustenten *los agravios invocados, pero no elude el tratamiento de las cuestiones* planteadas, ni sostiene que la reforma constitucional formara parte de las cuestiones políticas no justiciables.

En su voto en disidencia, el doctor Fayt expresó que todo ciudadano está legitimado en su carácter de tal a reclamar la declaración de nulidad del procedimiento preconstituyente que culminó —en este caso— con la sanción de la ley 24.309, en cuanto no se planteaba un problema de legitimación, sino el derecho fundamental a que la Constitución se mantuviera.

Con respecto a la otra cuestión sustancial para la decisión de la causa que versó sobre la aplicabilidad del art. 71 para el dictado de la ley declarativa de la necesidad de la reforma, el voto concurrente del doctor Nazareno sostuvo que ese acto es eminentemente político y no legislativo, propio, privativo e indelegable del Congreso. Por ello sólo deben aplicarse a su dictado las disposiciones del art. 30 de la Constitución y, dado que esta norma no indica la forma en que debe emitirse el acto de declaración, el Congreso goza de un amplio marco para elegir el procedimiento, que no se restringe al previsto para la formación y sanción de las leyes, que no resulta imperativo en la especie.

Por su parte, el doctor Fayt, al fundar su disidencia en este punto, sostuvo que si el Congreso omitió cumplir los requisitos mínimos indispensables que condicionan la creación de la ley, al dictar la ley 24.309, esa cuestión resultaría justiciable. Afirmó al respecto, que sólo es ley aquella que ha sido dictada según las formalidades previstas en la Ley Fundamental, por lo que negar la posibilidad de controlar el cumplimiento de esos requisitos equivale a impedir tal control en forma absoluta, consagrando así como válida la mayor ilegalidad constituida por la violación a la Constitución.

El doctor Boggiano se aparta de la opinión de sus colegas y sostiene que, atento la falta de coincidencia entre ambas Cámaras respecto del mandato de los Senadores, corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 2º de la ley 24.309, en cuanto incluye al art. 48 de la Constitución nacional, que regulaba el tema que produjo el desacuerdo entre ambos órganos legislativos. La doctrina de la Corte aquí da una respuesta en *el fallo excluyente del control de constitucionalidad sobre el proceso de* formación de la ley declarativa de la necesidad de la reforma, con fundamento en que el único artículo de la Constitución que resulta aplicable es el 30, ya que no se trata de una ley a la que resultaría aplicable el procedimiento del entonces art. 71. Sin embargo las disidencias de Fayt y Boggiano, no coinciden con esta apreciación, el primero por entender que el control de constitucionalidad alcanza al proceso de sanción de la ley y además que la legitimación activa debe ser reconocida a cualquier ciudadano; y, el segundo, por interpretar que una ley es siempre una ley y el procedimiento no puede ser otro que el determinado constitucionalmente para su sanción, por lo que no puede estar excluida del control de constitucionalidad.

c) Actuación de los órganos políticos. Caso "Romero Feris" (18)

Con posterioridad a la celebración de las elecciones para la designación de Convencionales, el Senador nacional José Antonio Romero Feris, en su calidad de convencional constituyente electo, promovió acción de

(18) Fallos: 317:711.

amparo con el fin de tutelar su derecho subjetivo-político como Convencional, que consideró cercenado irrazonablemente por el art. 5º de la ley 24.309, al que tacha de inconstitucional, en cuanto lo obligaba a votar en conjunto la totalidad de los temas incluidos en el "Núcleo de Coincidencias Básicas".

La Corte Suprema de la Nación, rechazó el recurso extraordinario por cuestiones formales, al igual que en "Polino". En este caso, consideró que resultaba inoficioso expedirse sobre la eventual inconstitucionalidad del art. 5º de la ley 24.309, ya que la Convención Constituyente había regulado específicamente la materia sobre la que versaba la impugnación, al dictar el art. 127 de su Reglamento que, en su párrafo primero, ratificó el criterio legislativo adoptado. Por ello, no existía justificación para que interviniera el Poder Judicial en un proceso seguido y concluido por los órganos de carácter político que ejercen el Poder Constituyente, en el que ninguno evidenció la existencia de conflicto.

También en este caso, el doctor Fayt votó en disidencia, haciendo lugar al recurso extraordinario y dejando sin efecto la sentencia de Cámara. El magistrado se pronunció sobre la cuestión de fondo, reconociendo legitimación al convencional constituyente para promover la acción deducida. Extraemos de sus fundamentos las siguientes consideraciones: "...La Constitución prevé su reforma, su renovación o su cambio, por la forma y por los medios que establece, no por otros distintos de los que ha fijado. Todo medio o forma diferente de los procedimientos regulares que ella ha establecido, tendrá el estigma de su inconstitucionalidad y convertirá en inválida la modificación que se incorpore. Esto, como consecuencia natural de que la Constitución es la ley suprema para el pueblo, para los gobernantes y los gobernados, así en la paz como en la guerra y protege a toda clase de hombres, en todo tiempo y en toda circunstancia. Al gobierno, por medio de los tres poderes que la integran, le está confiada su efectividad y vigencia y hacerla cumplir por todos aquellos a quienes obliga. En primer término es el Congreso, quien debe dictar las leyes y declaraciones que sean una consecuencia de la Constitución. Este es el límite que no debe transgredir el Poder Legislativo para no producir la abrasión del sistema constitucional de la República. Este Alto Tribunal tiene la obligación ineludible de decidir que el art. 5º de la ley 24.309 quebranta los procedimientos regulares que legitiman la reforma, hace abrasión del sistema representativo, con violación de lo expresamente determinado por los arts. 1º y 30 de la Constitución Nacional...".

De este párrafo, entendemos surge la doctrina de la Corte respecto del control de constitucionalidad sobre las competencias o atribuciones de la Convención Constituyente, excluyendo el fallo dicho control, y recordando aquí también la disidencia del doctor Fayt, en la que admite la legitimación activa amplia para el caso de defensa del sistema constitucional y también la viabilidad del control sobre el modo de actuación previsto para la Convención.

d) Control de constitucionalidad de la reforma. Caso "Fayt" (19)

La enmienda art. 99, inc. 4º, por la Convención Constituyente en 1994, motiva una demanda del Ministro Carlos S. Fayt, en razón de su edad y entendiendo que se encontraba comprendido en la situación contemplada en la cláusula constitucional citada. Así interpone una acción declarativa de certeza, en los términos del art. 322 del Cód. Procesal Civil y Comercial. El magistrado considera que la misma debe declararse nula de nulidad absoluta —de acuerdo con lo previsto en la ley declarativa de la necesidad de la reforma en su art. 6º—, la cláusula contenida en el párrafo 3º del inc. 4º del art. 99 de la Constitución reformada. Sostuvo a tal efecto que la disposición impugnada —en cuanto dispone entre las atribuciones del Poder Ejecutivo que, un nuevo nombramiento, precedido de acuerdo del Senado, resultaba necesario para mantener en el cargo a los magistrados federales, una vez que cumplieran los setenta y cinco años— solución que no había sido habilitada por el Congreso cuando ejerció el poder preconstituyente con el que dio comienzo el proceso de reforma. Según el accionante la Convención Constituyente no estaba habilitada para modificar el art. 96 de la Ley Fundamental, hoy 110, cláusula que consagra la inamovilidad de los jueces al expresar que éstos "conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta". Asimismo considera que cuando se presente una situación que supere el marco dado por la reforma constitucional en la ley declarativa de la necesidad de la reforma debe existir el órgano capaz de aplicar la sanción que el legislador ha previsto y que dicho órgano no puede ser otro que la justicia.

Ante todo es de destacar que los tres fallos (Primera Instancia, Cámara y Corte Suprema) aceptan la vía procesal elegida, la jueza de Primera Instancia y la Corte declaran la nulidad de la cláusula en discusión, mientras que la Cámara de Apelaciones, resuelve la cuestión sin tocar el texto constitucional reformado. El dictamen del fiscal ante la Cámara, pone el acento en que se está reclamando la inconstitucionalidad de una cláusula de la Constitución Nacional, misión que considera muy delicada. Para poner énfasis en la cuestión, el Dictamen cita un fallo de la Corte de Estados Unidos el *leading case* "Fletcher vs. Peck", 6, Cranch 87. En un párrafo de dicha sentencia, el Juez Marshall sostiene que la cuestión de si una ley es nula por ser repugnante a la Constitución, es en todo tiempo

(19) Fallos: 322:1616; LA LEY, 2000-C, 543.

una cuestión muy delicada, que en un caso dudoso no debe ser decidida afirmativamente. Cita a continuación el principio interpretativo según el cual debe acudirse al criterio que permita conciliar las normas aparentemente en pugna y se recuerda que se está ante la pretensión de nulidad o invalidez constitucional de una norma constitucional. El dictamen considera que la cláusula constitucional impugnada no puede alcanzar *a aquellos magistrados que como el actor han sido designados con anterioridad* a la reforma. Se deja a salvo la aplicación para el futuro.

La sentencia de la Corte vuelve a la decisión de la jueza de primera Instancia considerando que la reforma introducida por la Convención *Constituyente es nula de nulidad absoluta ya que altera en una forma* sustancial las facultades habilitadas por la ley, que la Convención ha actuado en forma exorbitante, en tanto el tema de la inamovilidad de los jueces no estaba previsto en el menú de modificaciones establecidas por el Congreso. En lo que hace al control en sí mismo la sentencia manifiesta que el Poder Judicial esta habilitado para juzgar si el acto que se le plantea ha sido expedido por el órgano competente, además pone el *acento en la importancia de la inamovilidad de los jueces como elemen*to esencial de la República. En nuestra opinión la garantía de inamovilidad de que gozan los jueces federales argentinos, conforme el art. 110 no constituye un aspecto sustancial del sistema constitucional argentino ni de la forma republicana de gobierno. Nos parece importante hacer este señalamiento por cuanto en el fallo se hace referencia a esta garantía como uno de los elementos de la república democrática. Entendemos que esta garantía no es la única modalidad para lograr la independencia de los poderes, como lo demuestran muchos sistemas judiciales, como el de los países europeos, en que los magistrados son designados por un plazo determinado que supera el de los funcionarios electivos.

El voto en disidencia parcial se aparta de la decisión de la mayoría, al señalar que la limitación a la inamovilidad de los magistrados impuesta por el art. 99, inc. 4º, de la Constitución reformada alcanza tanto a jueces designados con posterioridad a la reforma como a quienes han sido nombrados con anterioridad, pero, imponiendo como condición un hecho incierto y futuro, y limitando su aplicación a quienes cumplan la edad de setenta y cinco años con posterioridad a la reforma, que no es el caso del accionante que ya contaba con esa edad al momento de la sanción de la reforma constitucional de 1994.

Esta sentencia sienta un precedente que afecta la seguridad jurídica, en la medida en que deja abierta la puerta para que en el futuro recaigan nuevos pronunciamientos favorables a la invalidez de cláusulas constitucionales, como así también a la laxitud en su interpretación. La solución que aporta el voto en disidencia parcial, en cambio, permite el logro

de un sano equilibrio entre todos los postulados e intereses en pugna, sin haber tenido que aplicar el más extremo de los remedios cual es la declaración de inconstitucionalidad de una cláusula elaborada por una reforma constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

- BIDART CAMPOS, GERMÁN, *Manual de la Constitución Reformada*, Ediar, Buenos Aires, 1996.
- BIDEGAIN, CARLOS M., *Cuadernos del Curso de Derecho Constitucional*, t. I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1986.
- *Constitución de la Nación Argentina*, con motivo del sesquicentenario de su sanción, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Buenos Aires, 2003.
- DÍAZ RICCI, SERGIO M., *Teoría de la Reforma Constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 2004.
- GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación Argentina*, Buenos Aires, La Ley, 2001.
- NINO, CARLOS SANTIAGO, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992.
- SABSAY, DANIEL, *Colección de Análisis Jurisprudencial, Derecho Constitucional*, La Ley, Buenos Aires, 2002.
- SABSAY, DANIEL y ONAINDIA, JOSÉ, *La Constitución de los Argentinos*, 7ª ed., Errepar, Buenos Aires, 2009.
- VANOSSI, JORGE, *Teoría Constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 2000.

Capítulo III

Supremacía constitucional

Sumario: 1. El principio de supremacía de la Constitución. a) Supremacía del derecho federal. b) Jerarquía de los tratados internacionales. i) Situación anterior a la reforma. ii) Reforma de 1994. c) Orden de prelación de las normas. d) Rango especial reservado para ciertos tratados atinentes a derechos humanos. e) Delegación de competencias a organizaciones supranacionales a través de tratados de integración. f) Interpretación conjunta de las nuevas disposiciones de la parte orgánica y de las de la "vieja" parte dogmática.— 2. Control de constitucionalidad. a) Diferentes sistemas. i) Control jurisdiccional. ii) Control político. b) Organo con competencia para declarar la inconstitucionalidad. i) Control difuso. ii) Control concentrado. c) El sistema argentino. i) Requisitos. i.1) Existencia de caso o controversia. i.2) Petición de parte. i.3) Interés legítimo del peticionante. ii) Efectos. d) Cuestiones políticas no justiciables.— Bibliografía.

1. El principio de supremacía de la Constitución

Como expresáramos en el capítulo anterior, refiriéndonos a la teoría del Poder Constituyente, una Constitución no es un fin en sí mismo, sino un medio para alcanzar determinados objetivos. Allí recordamos que la Constitución racional normativa del Estado liberal consta de elementos formales y materiales, sin los cuales no se puede hablar de Constitución. El elemento formal que surge en primer término es la Ley Fundamental, generalmente escrita, sancionada por el titular del Poder Constituyente o por un órgano que lo ejerce en su nombre y con su asentimiento, y reformable por procedimientos que dificultan su modificación. Esta Constitución es el resultado del ejercicio del Poder Constituyente. Admitido que además de los elementos formales una Constitución tiene también elementos sustanciales o materiales, hemos de concluir que una Constitución para ser tal debe contener normas de organización del Estado, debe ser suprema, debe reconocer los derechos fundamentales de las personas y garantizar su ejercicio, repartir el poder entre órganos distintos y en su conjunto debe configurar un gobierno democrático. Como ha quedado dicho en el Capítulo I, de conformidad con los dictados del constitucionalismo clásico, sólo reuniéndose todos estos elementos estaríamos ante una verdadera Constitución. Las doctrinas elaboradas por

los autores de este movimiento tuvieron como objetivo primordial el de limitar el poder. No hallaron una forma más adecuada que la propuesta: una norma fundamental escrita, la Constitución de un Estado de Derecho, que con carácter previo impone los límites al ejercicio del poder, bajo cuyo imperio se encuentran tanto el Estado como sus autoridades dentro de un marco racional-normativo rígido en la medida en que el (legislativo) poder constituido no puede contrariar lo que el Poder Constituyente ha establecido, norma a la cual le imprimió la condición de suprema. El concepto continental europeo de Constitución pone el acento sobre su calidad de medio y no de fin. Este ha sido elaborado fundamentalmente por los autores franceses que ven a la Constitución como medio que garantiza las libertades individuales, en contraposición con el total desprecio que en los hechos había puesto de manifiesto el absolutismo, expresado en las monarquías absolutas.

En palabras de Jorge Vanossi[1] "la expresión normativa de ese enunciado institucional de las reglas de juego, recibe el nombre de Constitución jurídica del Estado, la cual por lo general está recepcionada en una Constitución escrita". Todos los autores coinciden en la existencia de un aspecto formal y otro material de Constitución, así en este último sentido no cabe duda que la Constitución es la cúspide o el fundamento, de todo el orden jurídico político del Estado. Es la piedra fundamental, sin Constitución no habría Estado de Derecho. Sin embargo si nos adentramos en el aspecto o costado formal de la Constitución, entonces la doctrina de la supremacía constitucional tiene que ver con su formulación de deber-ser, todo el orden jurídico político del Estado debe estar subordinado, por debajo de la superley encarnada en el texto constitucional. No encontramos síntesis más clara del concepto de supremacía que la expresada por Bidart Campos[2]: "Al colocar a la Constitución en el vértice de dicho orden, quiere decir que es ella desde dicha cúspide la que dispone cuál es la gradación jerárquica del mismo orden, porque como fuente primaria y fundante bien puede ocurrir que la Constitución resigne el primer plano al que estamos acostumbrados para reconocer en dicho nivel más alto que el de ella misma al derecho internacional —sea el general sea el de los derechos humanos— y/o al derecho de la integración supraestatal y su derivado el derecho comunitario".

Carlos Fayt, por su parte, expresa —poniendo el acento en las diferencias entre Poder Constituyente y poder constituido y la subordinación de todos a la Ley Suprema— que la supremacía de la Constitución es una consecuencia lógica del principio de subordinación al derecho que impera dentro de una organización política; por eso las normas que

(1) *Teoría constitucional*, t. II, Introducción, Buenos Aires, Depalma.
(2) *Manual de la Constitución Reformada*, t. I, Buenos Aires, Ediar, 1996, p. 334.

integran la Constitución son normas fundamentales y necesarias para la existencia del Estado y de su orden jurídico. La supremacía es otorgada a la Constitución y no a los gobernantes, por lo cual el gobierno es atribuido a la ley y no a los hombres"[3].

Coincidimos con la distinción que efectúa Gil Dominguez entre supremacía constitucional, bloque de constitucionalidad y regla de reconocimiento constitucional. Así este autor considera que la primera "implica que el texto constitucional es la norma entre las normas y la fuente de las fuentes, funcionando como parámetro exclusivo de la validez de las normas inferiores (...). El Bloque de Constitucionalidad supone la existencia de un conjunto normativo integrado por el texto constitucional y otros elementos normativos internos (...) a partir del cual, se validan o invalidan las normas inferiores"[4]. Por último, para definir a la regla de reconocimiento constitucional se apoya en Hart quien sostiene que es aquella que confiere certeza a todo el sistema jurídico ya que contempla "alguna característica o características cuya posesión por una regla sugerida es considerada como una indicación afirmativa indiscutible de que se trata de una regla del grupo, que ha de ser sustentada por la presión social que éste ejerce"[5].

La supremacía constitucional es, por lo tanto, un principio cardinal del Estado de Derecho, según el cual todas las normas y actos, tanto públicos como privados, deben subordinarse a las prescripciones explícitas o implícitas contenidas en la Constitución Nacional. A su vez, determina la estructuración de un orden jurídico jerárquico que debe adecuarse, necesariamente, a las disposiciones constitucionales, para un eficaz funcionamiento del sistema ideado por el constituyente.

En el caso que una norma o acto de gobierno no se ajuste al orden de prelación jerárquico establecido en la Constitución, resultaría violatorio del principio de supremacía y por lo tanto viciado de nulidad por ser contrario a la Constitución. La noción de supremacía surge del art. 31 de la Ley Fundamental, que expresa: *"Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación..."*.

El Congreso tiene el poder de dictar las leyes, en ejercicio de las atribuciones que le han sido conferidas por la Constitución, a cuyas prescripciones debe conformar su desempeño. Asimismo, el art. 28 CN establece los límites a la potestad legislativa, en cuanto impide alterar con su ejercicio los principios, derechos y garantías consagrados en el texto

(3) FAYT, CARLOS, *Derecho político*, Ghersi Editor, 1983, t. II, p. 33 y ss.
(4) GIL DOMINGUEZ, ANDRÉS, *La Regla de Reconocimiento Constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 2007, p. 11.
(5) HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 117.

constitucional. Por su parte, el art. 27 CN establece una limitación explícita a los poderes políticos con relación a la facultad de celebrar tratados internacionales, al imponerles la obligación de que éstos se conformen a los principios de derecho público establecidos en la Constitución.

Finalmente, el carácter rígido de nuestra Ley Fundamental impide que sus disposiciones puedan ser válidamente modificadas, si no es por el procedimiento específico que prevé el art. 30 para su reforma.

a) Supremacía del derecho federal

El primer tema que se plantea en nuestro derecho en conexión con el principio de la supremacía constitucional (dada la forma federal de Estado adoptada) deriva de la coexistencia de dos ordenamientos jurídicos: el nacional y los provinciales, situación que impone la necesidad de establecer la relación jerárquica y los principios aplicables para la armonización de ambos. Es claro que la primacía del derecho federal sobre los respectivos ordenamientos locales está consagrada en el art. 31 de la Ley Fundamental, en cuanto establece que las autoridades provinciales deben conformarse a la Ley Suprema —Constitución Nacional, leyes dictadas en su consecuencia por el Congreso y tratados internacionales— no obstante las disposiciones en contrario que puedan contener las leyes o Constituciones provinciales. Se trata del denominado "bloque de constitucionalidad federal" que está integrado por las normas mencionadas y de conformidad con un orden de prelación que luego de la reforma de 1994 exige la interpretación integrada del artículo mencionado con las cláusulas del art. 75, inc. 22, CN, que como luego veremos, han modificado el régimen constitucional de los tratados.

b) Jerarquía de los tratados internacionales

Otro tema de trascendencia es la problemática en torno al vínculo entre el derecho interno de un Estado y el derecho internacional. Esto es una consecuencia de la ubicación que adquiere un país dentro de la comunidad internacional. Las respuestas dadas a esta cuestión se concentran en torno a dos teorías disímiles, el monismo y el dualismo. La primera ha sido hasta el presente más una aspiración que una realidad, en la medida que supone la existencia de un único sistema jurídico universal, el derecho internacional, al que los derechos nacionales deben subordinarse. Mientras que la segunda se pronuncia por la autonomía de los derechos nacionales con relación al derecho internacional, imponiéndose un procedimiento de incorporación específico para que las normas de este último puedan introducirse y ser obligatorios en los primeros. En la actualidad las soluciones que el derecho de los diferentes países democráticos aportan a nuestra cuestión parecen situarse en un justo punto medio. Ello, como resultado de los distintos procesos que se han llevado a cabo desde las estructuras estatales hacia una tendencia favorable a su integración en amplios espacios continentales. Este fenómeno ha traído aparejado un debilitamiento de la noción tradicional de soberanía, pues la integración, desde la óptica del derecho, importa forzosamente la delegación de potestades nacionales a favor de ámbitos supraestatales. Asimismo, el derecho internacional de los derechos humanos, como producto de una sostenida labor convencional que se ha venido acentuando desde la finalización de la segunda guerra mundial, ha adquirido tal importancia y vigor que muchos de sus contenidos son hoy un sustrato común de la gran mayoría de los derechos de los Estados del planeta.

Así las cosas, la Constitución argentina, en su versión histórica, presentaba una típica concepción decimonónica, respetuosa de una noción de soberanía estatal propia de aquella época. Sin embargo, el transcurso del tiempo sin que se produjeran modificaciones formales, había provocado un importante esfuerzo jurisprudencial, que haciendo pie en una interpretación dinámica de la Ley Fundamental había intentado "aggiornar" su texto, pero no sin contradecir, de hecho, algunas de sus disposiciones. En esta materia, nuestra Ley Fundamental ha sido objeto de una enmienda mayor, que se refleja en los contenidos de la hoy denominada parte dogmática "antigua". Es por ello que partiendo de la situación preexistente a la reforma, analizaremos las modificaciones que ella ha materializado, dando lugar a una nueva conformación de nuestra pirámide jurídica.

i) Situación anterior a la reforma

Nuestra Constitución histórica contenía dos disposiciones que regulaban el tema que estamos tratando, es decir la temática de los tratados internacionales y su ubicación en el orden de prelación establecido en los arts. 27 y 31 CN. Como ya se expresara, el primero de ellos determina la subordinación de leyes y tratados a la Constitución. Por su parte, el art. 27 condiciona el régimen de estos últimos a los principios de derecho público contenidos en ella. El derecho comparado exhibe tres corrientes en el tratamiento de la presente cuestión, son ellos las siguientes:

- Preeminencia de los tratados sobre el derecho interno. Son los casos, entre otros, de las Constituciones de Holanda (arts. 63 y 66), Guatemala (art. 43), Honduras (art. 16) y Colombia en materia de derechos humanos.

- Preeminencia de los tratados, exclusivamente sobre las leyes internas. Entre muchos otros, podemos citar a Alemania, Italia, Francia, Grecia, Portugal, España, El Salvador, Costa Rica y Chile.

- Igualdad de jerarquía de leyes y tratados internacionales. Esta es la solución que presentan los derechos internos de EE.UU., Brasil, Uruguay y era la que surgía de los textos constitucionales citados de nuestra Ley Fundamental.

La doctrina nacional ubicaba a la Argentina en el tercer grupo de países, tal como nosotros acabamos de hacerlo; sin embargo, lo hacía con matices diferenciadores. Según esta postura debía aplicarse el principio general que determina que "ley posterior deroga ley anterior". En tanto la ley y el tratado se encontraban en el mismo nivel de jerarquía, el tratado también debía quedar asimilado a una ley común en cuanto a las consecuencias prácticas de este principio. Esta fue la postura de Linares Quintana y Sánchez Viamonte. Por su parte, Ramella, si bien consideraba aplicable el mismo principio agregaba que "ningún Estado puede eximirse de las obligaciones del tratado o modificar sus estipulaciones, sino con el acuerdo, pacíficamente obtenido, de los contratantes"[6]. En el mismo sentido, Vanossi advertía sobre las consecuencias negativas para todo Estado de lo que en los hechos redundaría en una denuncia unilateral de un tratado. En este panorama, una única voz en el constitucionalismo argentino sostenía que los tratados prevalecían sobre las leyes. Bidart Campos consideraba que ello era así por una mera aplicación del principio de la *pacta sunt servanda* (los tratados celebrados de buena fe deben cumplirse) que impedía que en la Argentina se pudiese alterar un tratado de manera unilateral.

Veamos la evolución operada en la doctrina de la Corte. En una primera etapa la jurisprudencia aplicó a rajatabla los principios sostenidos por la doctrina mayoritaria de conformidad con lo expresado anteriormente. Como *leading cases* de la introducción del principio de igualdad entre leyes y tratados podemos citar los casos "S.A. Martín y Cía. Ltda. v. Nación Argentina"[7] y "S. A. Petrolera Esso"[8]. En ellos, la Corte Suprema sostuvo que la Constitución Nacional no atribuye prelación o superioridad a los tratados con las potencias extranjeras respecto de las leyes válidamente dictadas por el Congreso de la Nación. Ambos —leyes y tratados— son igualmente calificadas como ley suprema de la Nación, y no existe fundamento normativo para acordar prioridad de rango a ninguno, "(...) rigiendo respecto de ambas clases de normas, en cuanto integrantes del ordenamiento jurídico interno de la República, el principio con arreglo al cual las posteriores derogan a las anteriores"[9].

(6) BIDEGAIN, CARLOS M., *Cuadernos del curso de derecho constitucional*, t. IV, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1981, p. 126.
(7) Fallos: 257:99.
(8) Fallos: 271:7.

En 1992 la jurisprudencia del Máximo Tribunal da un giro importante al decidir la primacía de los tratados por sobre las leyes de derecho interno. Nos referimos al hoy célebre fallo "Ekmekdjián c. Sofovich"[10]. Entre otras consideraciones, el Máximo Tribunal establece que "...la violación de un tratado internacional puede acaecer tanto por el establecimiento de normas internas que prescriban una conducta manifiestamente contraria, cuanto por la omisión de establecer disposiciones que hagan posible su cumplimiento. Ambas situaciones resultarían contradictorias con la previa ratificación internacional del tratado; dicho de otro modo, significarían el incumplimiento o repulsa del tratado, con las consecuencias perjudiciales que de ello pudieran derivarse". Luego, expresa: "...la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados —aprobada por ley 19.865— confiere primacía al derecho internacional convencional sobre el derecho interno. Ahora esta prioridad de rango integra el ordenamiento jurídico argentino. La Convención es un tratado internacional, constitucionalmente válido, que asigna prioridad a los tratados internacionales frente a la ley interna en el ámbito del derecho interno, esto es, un reconocimiento de la primacía del derecho internacional por el propio derecho interno. Esta Convención ha alterado la situación que el ordenamiento jurídico argentino contempla en los precedentes (...), pues ya no es exacta la proposición jurídica según la cual no existe fundamento normativo para acordar prioridad al tratado frente a la ley. Tal fundamento normativo radica en el art. 27 de la Convención de Viena..."[11]. Como síntesis expresa que "la necesaria aplicación del art. 27 de la Convención de Viena impone a los órganos del Estado argentino asignar primacía al tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria o con la omisión de dictar disposiciones que, en sus efectos, equivalgan al incumplimiento del tratado internacional en los términos del citado art. 27"[12].

Con posterioridad a esta sentencia, en el fallo "Fibraca Constructora", el Alto Tribunal precisa el alcance del nuevo criterio jurisprudencial, al establecer la obligación de los órganos del Estado argentino de aplicar el art. 27 de la Convención de Viena, una vez asegurados los principios de derecho público constitucionales[13], principio que reitera, al resolver en

(9) Fallos: 257:99, considerandos 6º y 8º y Fallos: 271:7, considerando 11.
(10) Fallos: 315:1492; LA LEY, 1992-C, 543; ED, 148-338.
(11) Ver considerando 16 y 18.
(12) Ver considerando 19.
(13) Fallos: 316:1669; ED, 154-161.

el caso "Hagelin"[14]. Por último, producida la reforma, se consolida la doctrina con el fallo: "Cafés La Virginia S.A"[15], este último en aplicación de tratados de integración en los que se funda el MERCOSUR.

ii) La reforma de 1994

Las modificaciones producidas en la Convención Constituyente del '94 consagran en el texto constitucional la señalada evolución ocurrida en la jurisprudencia. Estas enmiendas se pueden agrupar en dos grandes ámbitos: el orden de prelación de las normas y los espacios de integración regional por lo que desarrollaremos estos dos nuevos contenidos de manera correlativa.

c) Orden de prelación de las normas

Las nuevas cláusulas contenidas en dos incisos del art. 75 CN, sobre las atribuciones del Congreso, introducen modificaciones a las disposiciones correlativas (arts. 27 y 31 CN) de la Constitución histórica. En efecto, el inc. 22 establece, en su primer párrafo, el principio general en la materia cuando expresa que "los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes". Cabe recordar que la ley declarativa de la necesidad de la reforma no obstante imponer la sanción de nulidad absoluta respecto de todas las modificaciones a la parte dogmática (arts. 1º a 35 CN), autorizaba el tratamiento de una serie de cuestiones de esa naturaleza, entre las que se encontraba lo relativo a la jerarquización de los tratados internacionales[16].

Frente a esta suerte de directivas cruzadas, el constituyente decidió incluir estas modificaciones en la parte orgánica, entre las atribuciones del Poder Legislativo. Así, a partir de la facultad que siempre tuvo el Congreso de aprobar o desechar tratados, se establecieron sus nuevas características, con relación a las restantes normas del ordenamiento jurídico nacional. De resultas de estos nuevos contenidos, la cuestión relativa a *la relación jerárquica existente entre leyes y tratados ha quedado zanjada*. A tal efecto, la solución surge de considerar que este nuevo precepto contemplado en la primera parte del mencionado inciso completa la redacción del art. 31, de modo que hoy dentro del orden de prelación del bloque de constitucionalidad federal, los tratados deben ser intercalados entre la Constitución y las leyes.

(14) Fallos: 316:3176; ED, 158-130.
(15) Fallos: 317:1282.
(16) Ley 24.309, art. 3º, I.

d) Rango especial reservado para ciertos tratados atinentes a derechos humanos

El constituyente ha seguido una corriente que se impone en el derecho constitucional comparado tendiente a la internacionalización de los derechos humanos. En tal sentido, el ya citado inc. 22 del art. 75 CN, menciona expresamente dos declaraciones y nueve convenciones internacionales referentes a derechos humanos. Pues bien, todas estas normas tienen jerarquía constitucional, lo que de ninguna manera importa la incorporación de dichos tratados a la Constitución, sino y solamente que tienen una igualdad de rango con ella. Esta característica del tratado puede ser modificada a través del procedimiento que la misma disposición contempla, según el cual puede denunciarse un tratado con jerarquía constitucional o bien incorporarse un tratado de derechos humanos a este nivel. Es decir que a diferencia de los restantes tratados éstos, sólo pueden ser denunciados a través de un procedimiento particular. Al respecto, ese mismo inciso dispone que: *"sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara"*. Es decir que se trata de un acto jurídico complejo que a diferencia que con lo que sucede con los restantes tratados, el presidente no podría denunciarlos por si solo, sino que necesita para ello el aval previo del Congreso con la mayoría calificada que la cláusula transcripta exige.

Pero no estamos frente a una lista cerrada, ya que es posible lograr que otros tratados de derechos humanos adquieran jerarquía constitucional. A esos efectos, el constituyente estableció que una vez que el tratado ha sido aprobado por el Congreso, deberá ser sometido a una nueva votación en la cual será necesario el *"voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional"*. Es así como otros dos instrumentos internacionales han adquirido jerarquía constitucional luego de la reforma; en 1997, el tratado sobre desaparición forzada de personas; y, en 2004, el tratado sobre crímenes aberrantes y de lesa humanidad que se sumaron a la lista del inc. 22 del art. 75.

e) Delegación de competencias a organizaciones supranacionales a través de tratados de integración

El art. 75 en su inc. 24 dispone la aprobación por parte del Congreso de *"tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas*

dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes". Esta disposición tiene en cuenta la evolución operada en el mundo en materia de integración en grandes espacios económicos. En nuestro caso, constituye una clara respuesta institucional para la concreción del MERCOSUR. Ello, en tanto "el punto en común del Derecho comunitario con el interno de cada Estado miembro tiene su expresión en la relación particular que se da entre ambos. Esta relación de integración se rige por los criterios (...) de incorporación inmediata y aplicabilidad directa del Derecho comunitario en el orden jurídico interno de cada Estado, por la primacía que tiene sobre éste y la responsabilidad de los particulares y los Estado miembros por los incumplimientos de las normas comunitarias"[17].

La redacción da lugar a dudas sobre el tipo de normas a que se hace referencia en la última parte de la disposición transcripta. Puede tratarse tanto de las decisiones que tomen las jurisdicciones supranacionales, en cuyo caso no vemos por qué necesariamente todas ellas deban tener jerarquía supralegal. También podría hacerse alusión a las normas internas necesarias para poner en vigencia las normas internacionales. Es de destacar que la mayor parte de los autores entiende que estaríamos frente a las resoluciones y medidas emanadas de los organismos supranacionales.

La segunda parte del inciso se refiere al régimen de aprobación y de denuncia de esta categoría de tratados. En cuanto a lo primero, distingue entre los celebrados con Estados de Latinoamérica de los concluidos con otras naciones. Para el primer caso la aprobación requiere "*la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara*". Por el contrario, en tanto se trate de otros Estados, "*el Congreso de la Nación, con la mayoría absoluta de los miembros presentes en cada Cámara, declarará la conveniencia de la aprobación del tratado y sólo podrá ser aprobado con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, después de ciento veinte días del acto declarativo*". Más allá de la plausibilidad o no de la casuística planteada, creemos que el segundo tipo de tratados produce una duda sobre aquellos que sean celebrados entre países de la primera categoría con otros de la segunda. Es de destacar que no se trata de una hipótesis de probeta, ya que es precisamente la situación que se plantea con una eventual entrada de la Argentina al NAFTA, organización que cuenta en su interior con la combinación de países de ambas áreas geográficas.

Por último, se determina para la denuncia de este tipo de tratados "*la previa autorización de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara*". Esta exigencia nos parece lógica pues guarda una

(17) PIZZOLO, CALOGERO, *Globalización e Integración - Ensayo de una Teoría General*, Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 179.

perfecta relación con el sistema de aprobación de estos acuerdos internacionales.

f) Interpretación conjunta de las nuevas disposiciones de la parte orgánica y de las de la "vieja" parte dogmática

A esta altura de nuestro desarrollo cabe hacer una interpretación integradora que nos permita encontrar soluciones lo más coherentes posible, sobre un marco jurídico que por la técnica jurídica elegida, presenta dificultades a la hora de su aplicación. La cuestión gira en torno de la vigencia del orden internacional en el orden jurídico interno. Es decir, con qué rango han quedado incorporados los tratados internacionales. Consideramos que el nuevo orden de prelación de las normas en el derecho interno argentino ha quedado constituido de conformidad con los niveles de jerarquía que se establecen en el gradiente que a continuación transcribimos:

1º.- En el vértice superior de la pirámide jurídica encontramos a la Constitución Nacional y los tratados sobre derechos humanos enumerados en el inc. 22 del art. 75 y los que en lo sucesivo se incorporen de conformidad con el procedimiento especial que a esos efectos prevé la mencionada cláusula. Respecto a esta categoría es necesario establecer si se trata de la Constitución misma o si, por el contrario, tienen su misma jerarquía, pero, sin integrar su articulado. De todos modos, cabe destacar que ellos forman parte del derecho interno "*en sus condiciones de vigencia*". Manili nos recuerda que poco después de la reforma en el caso "Giroldi, Horacio", la Corte afirmó que "*las condiciones de vigencia*" significa "tal como la convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación"[18] "Esta interpretación nos permite invocar ante nuestros tribunales y hacer ingresar a nuestro sistema, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ya que (...), el único tribunal internacional en la materia con competencia respecto de nuestro país, es ése"[19]. Asimismo, se deben tener en cuenta las reservas[20] que el país haya planteado al momento de su ratificación, como también la evolución de la citada normativa en el ámbito internacional.

(18) Fallos: 318:514.

(19) MANILI, PABLO L., *El bloque de constitucionalidad - La recepción del Derecho Internacional de los Derecho Humanos en el Derecho Constitucional Argentino*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 185.

(20) Se trata de manifestaciones unilaterales expresadas por un país al momento de adherir a un tratado internacional, en las cuales les quita o modifica efectos jurídicos dentro de su territorio a determinado o determinados contenidos del instrumento.

Además de ello, el constituyente manifiesta que estas convenciones *"no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos"*. En este punto compartimos la posición de Bidart Campos, quien a efectos de encontrar un hilo conductor que permita compatibilizar estas disposiciones con las de los arts. 31 y 27 CN, se vale del significado del término "complementario" que importa algo que se suma a lo preexistente y que de ninguna manera constituye un contenido accesorio que debería subordinarse a los contenidos de la Constitución histórica en la materia. Por ende, toda interpretación deberá perseguir como objetivo dar adecuada e integrada recepción a los contenidos procedentes de los poderes constituyentes originario y derivado. En el mismo sentido se ha afirmado que "la complementariedad de dichos instrumentos tampoco implica su accesoriedad, sino que refleja su carácter de instrumentos que vienen a llenar vacíos e implicitudes de nuestro sistema"(21).

2º.- Los tratados y concordatos en general del inc. 22, 1ª parte, del art. 75, como así también los convenios de integración y las normas que en su consecuencia se dicten, con el alcance que la jurisprudencia establezca para esta última.

3º.- La legislación nacional.

Hasta acá hemos ubicado el orden en que se encuentran las normas federales. En tal sentido, la reforma aclara la situación imperante en la relación tratado internacional-ley. Ahora, queda claro que lo dispuesto en el art. 75 ordena la interpretación del art. 31 al decidir un nivel superior de prelación de los tratados por sobre las leyes, estableciendo al mismo tiempo que cierto tipo de tratados se encuentran en el mismo rango de jerarquía junto a la Ley Fundamental.

4º.- Las Constituciones provinciales, los convenios internacionales celebrados por las provincias y las leyes provinciales. Por estricta aplicación de la segunda parte del art. 31 CN. En lo que hace a los convenios internacionales, el art. 124 CN que los contempla no deja dudas a la hora de establecer su orden de prelación en la pirámide jurídica, ya que expresa como límite de esta potestad de las provincias que, *"no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no afecten las facultades delegadas al Gobierno federal o el crédito público de la Nación..."*.

2. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

La evolución del constitucionalismo ha permitido un perfeccionamiento de la esencial función de control que debe regir en un Estado

(21) MANILI, PABLO L., ob. cit., p. 199.

de Derecho consolidado. Así como se ha visto en el Capítulo I, fueron surgiendo diferentes institutos encaminados al pleno respeto y vigencia de las cláusulas constitucionales. Entre ellos y desde los albores del movimiento, desde EE.UU. apareció la primera de esas herramientas que operan como garantías que pueden ser ejercitadas por las mismas personas afectadas. Ella tuvo por finalidad la de restaurar el orden jerárquico normativo previsto en la Constitución Nacional, el que había sido transgredido por una norma inferior. Se trató de una creación pretoriana del máximo tribunal de ese país en el marco del célebre caso "Marbury vs. Madison" (1803).

Para que el principio de supremacía constitucional tenga operatividad y no resulte una mera aspiración normativa es necesario contar con un mecanismo institucional adecuado que haga factible, que frente al dictado de algún acto de gobierno que contradiga las normas de rango superior a él, impere el orden de prelación normativo que la Constitución contempla ordenándose su nulidad por inconstitucionalidad. A esos efectos, se ha creado a partir de diferentes modalidades la herramienta denominada control de constitucionalidad, la que se erige en una técnica fundamental del Estado de Derecho, en tanto tiene por finalidad garantizar la vigencia del orden de prelación de las normas que la Constitución establece.

El control o revisión de constitucionalidad consiste en examinar si una norma o acto de gobierno se encuentra de acuerdo, se compadece con el orden de jerarquía del bloque federal de constitucionalidad y en caso de verificarse lo contrario, privarlo de sus efectos.

a) Diferentes sistemas

Existen fundamentalmente dos modalidades de control de constitucionalidad, a las que deben agregarse nuevos mecanismos o procedimientos de tipo mixto que han aparecido más recientemente. Pero como queda dicho, el control de constitucionalidad permite ser clasificado en dos grandes sistemas, que tienen como principal nota distintiva al órgano al cual se le ha confiado la misión de velar por la supremacía de la Constitución; son ellos, en orden cronológico: el control jurisdiccional y el control político.

i) Control jurisdiccional

Se denomina jurisdiccional al sistema que atribuye a un órgano de ese carácter la función de controlar la constitucionalidad de las normas y

actos estatales. El origen de los sistemas jurisdiccionales lo encontramos en el constitucionalismo norteamericano, el cual elabora el postulado de la supremacía constitucional y otorga competencia a los jueces para su protección. Es, precisamente a partir del principio fundamental de la primacía de la Constitución, que se estructura la teoría del control de constitucionalidad de las leyes a través de una creación de la Suprema Corte de los Estados Unidos la ya aludida sentencia dictada en el caso "Marbury vs. Madison". El fallo de referencia reivindica para el Poder Judicial la potestad de ejercer el control de constitucionalidad de las leyes. Al respecto sostiene: "si los tribunales deben tener en cuenta la Constitución y ella es superior a cualquier ley ordinaria, es la Constitución, y no la ley la que debe regir el caso al cual ambas normas se refieren"(22). La atribución conferida a los jueces para examinar la constitucionalidad de la norma aplicable, cuando disposiciones de diferente nivel jurídico se encuentran en conflicto, consagra una técnica fundamental para el Estado de Derecho. Ella permite que se fortalezca el sistema de "frenos y contrapesos" ideado para garantizar el equilibrio entre los poderes y asegurar así la plena vigencia de las libertades. La revisión judicial de constitucionalidad (*judicial review*) o sistema americano, proyectó su influencia en diversos países de América Latina cuyas Constituciones se inspiraron en el modelo constituyente norteamericano y siguieron, asimismo, la evolución jurisprudencial de los EE.UU. en la materia objeto de análisis.

En Europa, la recepción del sistema jurisdiccional fue posterior. Recién durante la primera posguerra, la Constitución de Austria de 1920 instaura el sistema de referencia, pero introduciendo un cambio sustancial con respecto al método estadounidense, por cuanto concentra en un solo tribunal la potestad para ejercer el control de constitucionalidad. En la actualidad, el sistema jurisdiccional de control es el más difundido y las modalidades para su ejercicio se subdividen en dos grandes grupos: control difuso y control concentrado, en función de como se estructure el órgano que lo lleva a cabo.

ii) Control político

Como su nombre lo indica, la atribución del control constitucional ha sido conferida a un órgano de naturaleza política. En la actualidad, el ejemplo más representativo de este tipo de control lo constituye el Consejo Constitucional de Francia. Este órgano está compuesto por nueve miembros, cuyo mandato dura nueve años y no es renovable. Lo integran tres miembros nombrados por el Presidente de la República, tres por el

(22) 1 Cranch 137, 2 L.Ed. 60 (1803). Ver GELLI, MILLER, CAYUSO, *Constitución y Poder Político*, t. 1, 5, Ed. Astrea.

Presidente de la Asamblea Nacional y tres por el Presidente del Senado. Además, los ex Presidentes de la República son miembros vitalicios de pleno derecho del Consejo Constitucional.

El Consejo Constitucional ejerce un control previo de constitucionalidad sobre las leyes orgánicas y los reglamentos de las asambleas parlamentarias. Asimismo, pueden presentarse las leyes al Consejo Constitucional antes de su promulgación a los fines de que se pronuncie sobre su conformidad con la Constitución. Están legitimados a tal efecto el Presidente de la República, el Primer Ministro, el Presidente de la Asamblea Nacional, el Presidente del Senado o sesenta diputados o sesenta senadores (art. 61 de la Constitución francesa).

b) Organo con competencia para declarar la inconstitucionalidad

Este es otro rasgo que lleva a clasificar al control en difuso o concentrado, que desarrollamos a continuación.

i) Control difuso

En este sistema, todos los jueces de todas las instancias y de todos los fueros tienen competencia para revisar la compatibilidad de una norma o de un acto con la Constitución. En consecuencia, el Poder Judicial tiene, además de la función de administrar justicia, la jurisdicción constitucional, a través de cuyo ejercicio controla la constitucionalidad de las leyes y actos estatales con el fin de garantizar la supremacía de la Constitución. El sistema tiene su origen en los Estados Unidos de América, como ya dijimos; la cuestión constitucional se plantea en el curso del proceso, por la parte que tenga interés en la declaración de inconstitucionalidad de la norma impugnada. El juez, al dictar sentencia, se pronuncia sobre el particular. Si media declaración de inconstitucionalidad, sus efectos se limitan al caso concreto. En consecuencia, la norma continua vigente. Sin embargo, en todos aquellos casos en que está en discusión la constitucionalidad de una norma, se puede llegar por vía recursiva a la Corte Suprema, la cual decide en definitiva sobre la cuestión constitucional en debate. En lo que hace a los efectos de la sentencia del Máximo Tribunal cabe recordar el principio denominado del *stare decisis* que hemos desarrollado en el capítulo anterior.

ii) Control concentrado

Este sistema confía el control de constitucionalidad a un único órgano, el tribunal jurisdiccional que monopoliza su ejercicio. En su versión

pura, de inspiración kelseniana, el órgano de referencia es un tribunal especializado creado fuera de la órbita del Poder Judicial. Sobre el origen de este sistema, García Belaúnde expresa que "el primero que a nivel europeo sistematiza una serie de principios que llevan a la conclusión de que la Constitución es un orden jurídico que se aplica y que hay que respetar, es Hans Kelsen en su gran obra Teoría general del Estado (1925). Y solo en 1928, en su célebre ponencia presentada a la Quinta Reunión de Profesores Alemanes de Derecho Público (...) es donde plantea orgánicamente no solo la primacía de la Constitución sobre el resto del ordenamiento, sino el mecanismo para hacerla respetar, que él entendía como procedente solo a través de un órgano concentrado que era el Tribunal Constitucional que por entonces ya existía en Austria, y del cual Kelsen era magistrado y además relator permanente. Es decir, los dos aportes fundamentales que hizo Kelsen en su ponencia de 1928 fueron los siguientes puntos: a) la Constitución es una norma jurídica que se aplica y que debe ser respetada por el resto del ordenamiento, y b) las violaciones que se hagan de ella así como su defensa, debe hacerse a través de un órgano ad-hoc, que es el Tribunal Constitucional" (23).

En términos generales, el examen de constitucionalidad no se realiza con relación a un caso concreto, sino que se circunscribe a examinar la compatibilidad de la norma o acto estatal en cuestión con el texto constitucional, valoración que se hace en abstracto, es decir con independencia de que exista un proceso judicial al respecto. La declaración de inconstitucionalidad que efectúa el tribunal produce efectos *erga omnes*; y, en consecuencia, la norma declarada inconstitucional queda derogada.

La legitimación para promover el control corresponde, en la mayoría de los supuestos, a órganos gubernamentales. En los sistemas que admiten la legitimación de particulares sólo podrán hacerlo cuando demuestren una afectación personal. A este sistema también se lo denomina modelo europeo ya que, a partir de su creación por la Constitución de Austria de 1920, fue adoptado por la mayoría de los países de ese continente.

En América Latina, el control concentrado se implementó en muchos países, combinado con el método difuso, dando lugar a sistemas mixtos. Una de las diferencias más significativas con el modelo europeo consiste en que el ejercicio del control concentrado no tuvo como correlato la creación de un tribunal especial, sino que la función fue conferida a la

(23) GARCÍA BELAÚNDE, DOMINGO, *La interpretación constitucional en América Latina*, en: SABSAY, D. (director) y MANILI, P. (coordinador), *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Ed. Hammurabi, t. I, Buenos Aires, 2009, ps. 103/19.

Corte Suprema de Justicia del respectivo país (p. ej.: Uruguay y Honduras), o bien, a un tribunal constitucional creado en el ámbito del Poder Judicial (p. ej.: Chile y Colombia).

Al respecto cabe recordar que junto a los casos tradicionales "de poderes judiciales que entregan a sus cortes supremas el control de constitucionalidad, existen otros órganos encargados de ello y que son más recientes. Me refiero por un lado a los tribunales constitucionales, Y por otro a las salas constitucionales que existen al interior de las cortes supremas pero que tienen autonomía y funcionamiento pleno. Y aún más, una actividad sorprendente". Más adelante este autor señala que, "ambos modelos son interesantes y en cierto sentido riesgosos. Por un lado los tribunales constitucionales (Guatemala desde 1965, Ecuador desde 1996, Perú desde 1979, Colombia desde 1991, Bolivia desde 1998, Chile desde 1970) avanzan grandemente en aspectos de defensa e interpretación constitucionales. Y en no menor escala lo hacen las salas constitucionales, que si bien son parte de la Corte Suprema de cada país, actúan con independencia, como es el caso singular de Costa Rica, a la que hay que agregar las salas constitucionales de El Salvador, Honduras, Nicaragua, Paraguay (...)". Luego de efectuar este interesante recorrido hace una evaluación de estos mecanismos que nos animamos a considerar como híbridos. Al respecto, considera: "Tenemos pues que al clásico papel que desempeña la Corte Suprema, se han añadido las Salas constitucionales independientes y los tribunales constitucionales (en Colombia se llama Corte Constitucional y en Guatemala, Corte de Constitucionalidad). Estos últimos son órganos de poder concentrado que existen al margen de los poderes o dentro del área judicial, pero con independencia (caso de Colombia y Bolivia). Y las Salas Constitucionales al interior de las Cortes Supremas. Estos modelos se caracterizan en cuanto a su jurisprudencia se refiere, por resolver gran cantidad de procesos, que sin ser muchos en comparación con los asuntos que resuelve el Poder Judicial, son de mayor impacto. Y por otro lado, porque en su labor interpretativa han demostrado gran audacia creativa, produciendo sentencias que se alejan por completo de la matriz clásica y que sin lugar a dudas plantean complejas cuestiones en materia de interpretación constitucional. Y que al mismo tiempo reflejan un activismo que puede caer en excesos" (24).

c) El sistema argentino

En la República Argentina rige, en el orden nacional, el sistema puro de control judicial de constitucionalidad de carácter difuso de fuente es-

(24) GARCÍA BELAÚNDE, DOMINGO, ob. cit.

tadounidense. Tanto en los Estados Unidos de América, país en el que nace la teoría del control judicial, como en la Argentina, a pesar de que sus Constituciones se ocupan de las atribuciones y del funcionamiento del Poder Judicial federal, ellas no regulan la cuestión objeto de análisis. Sin embargo, desde los albores de su vida institucional, la Corte Suprema de Justicia de la Nación definió su rol dentro de la organización nacional del poder y adoptó el paradigma del país del norte en materia de control de constitucionalidad.

En 1864, a escaso tiempo de su instalación, nuestro Máximo Tribunal con motivo de pronunciarse sobre el alcance de su función, expresó que: "Es el intérprete final de la Constitución; y siempre que se haya puesto en duda la inteligencia de alguna de sus cláusulas y la decisión sea contra el derecho que en ellas se funda, la sentencia de los tribunales provinciales está sujeta a la revisión de la Suprema Corte" (25).

Pocos años después, en la sentencia dictada en el caso "Sojo", sostuvo: "El 'palladium' de la libertad no es una ley suspendible en sus efectos, revocable según las conveniencias públicas del momento, el 'palladium' de la libertad es la Constitución, ésa es el arca sagrada de todas las libertades, de todas las garantías individuales cuya conservación inviolable, cuya guarda severamente escrupulosa debe ser el objeto primordial de las leyes, la condición esencial de los fallos de la justicia federal" (26).

La doctrina que pone en cabeza del Poder Judicial la potestad para velar por la supremacía de la Constitución se consolida, con la sentencia que recae en el caso "Municipalidad de Buenos Aires c. Elortondo", en cuyo voto mayoritario se manifiesta que: "...es elemental en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los Tribunales de Justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con esta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderadora, uno de los fines supremos y fundamentales del Poder Judicial nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la Constitución, contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos" (27).

Asimismo, al estar organizado nuestro Estado bajo la forma federal, la atribución y el deber de los magistrados de garantizar el orden jerárquico que prescribe el art.31 CN no se limita a los jueces de la Nación, sino que se extiende a los provinciales. La CS decidirá, en definitiva, la

(25) "Ministerio Fiscal c. Calvete, Benjamín", Fallos: 1:340.
(26) Fallos: 32:120.
(27) Fallos: 33:162; considerando vigésimo quinto.

cuestión constitucional planteada en el litigio por la vía del recurso extraordinario federal (28).

i) Requisitos

El control de constitucionalidad por parte de los jueces exige para su ejercicio de la reunión de determinados requisitos que han sido la resultante de precedentes judiciales que han consolidado una jurisprudencia pacífica en el tiempo. Esta toma como base a las prescripciones contenidas en los arts. 116 y 117 CN y de las leyes que reglamentan la justicia federal. Ellos son:

i.1) Existencia de caso o controversia

La jurisdicción del Poder Judicial de la Nación se encuentra limitada a la decisión de las causas traídas a su conocimiento y sólo en ese contexto puede aplicar o interpretar la ley. Quedan excluidos, por ende, los pronunciamientos generales o en abstracto, que no atiendan al caso concreto o que se deriven del ejercicio de una facultad de índole consultiva. El art. 116 CN en su primera parte establece la competencia del Poder Judicial nacional así expresa que: "*Corresponde a la Corte Suprema y a los Tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas, que versen sobre puntos regidos por la Constitución...*". A su vez, la ley 27 que reglamenta la naturaleza y funciones de la justicia federal, prescribe en su artículo 2º: "*Nunca procede de oficio y sólo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte*".

La Corte Suprema federal ha reiterado en numerosas oportunidades que el control de constitucionalidad sólo procede cuando se cumple la referida exigencia. A título de ejemplo, merece señalarse el caso "Baeza", en el cual se pretendía la declaración de inconstitucionalidad del decreto de convocatoria a una consulta popular sobre el arreglo de los límites con Chile en la zona del Canal de Beagle. Afirmó el Alto Tribunal en esa ocasión: "...el Poder Judicial de la Nación conferido a la Corte Suprema de Justicia y a los tribunales nacionales por los arts. 94, 100 y 101 de la Constitución se define, de acuerdo con invariable interpretación, receptada por el Congreso argentino y por la jurisprudencia de este tribunal, de la doctrina constitucional de los Estados Unidos, como la que se ejercita en las causas de carácter contencioso a los que se refiere el art. 2º de la ley 27... Dichas causas son aquellas en las que se persigue en concreto la

(28) "Egües, Alberto c. Pcia. de Buenos Aires", Fallos: 321:562.

determinación del derecho debatido entre partes adversas (doctrina de Fallos: t. 156, p. 318, consid. 5º, p. 321). Y, por ello, no se da una causa o caso contencioso que permita el ejercicio del Poder Judicial conferido a los tribunales nacionales cuando se procura, como ocurre con la demanda de autos, la declaración general y directa de inconstitucionalidad de las normas o actos de los otros poderes..." (29).

i.2) Petición de parte

Este requisito deriva de la exigencia de causa judicial para ejercer la revisión constitucional, pues en el orden nacional, los jueces no pueden expedirse en abstracto o en forma general sobre la constitucionalidad de las leyes o actos de los poderes de gobierno.

A partir del presupuesto básico de la existencia de "caso", "causa" o "asunto" —palabras que han sido consideradas sinónimos por la jurisprudencia— ello presupone la de "parte", o sea la de quien reclama o se defiende y, por ende, la de quien se beneficia o perjudica con la resolución adoptada al cabo del proceso (30). Ahora bien, una interpretación muy restrictiva de este condicionamiento para el ejercicio de la jurisdicción de nuestros tribunales, determinó la inviabilidad de la declaración de inconstitucionalidad de oficio de las leyes y actos estatales, con fundamento en la preservación del principio de separación de poderes (31). Sin embargo, este criterio se modificó sustancialmente a partir del *leading case* "Mill de Pereyra", fallado el 27 de setiembre de 2001, en el cual se concluyó que esa facultad no creaba un desequilibrio de poderes en favor del Poder Judicial en menoscabo de los otros dos, pues "si la atribución en sí no es negada, carece de consistencia sostener que el avance sobre los otros poderes no se produce cuando media petición de parte y sí cuando no la hay" (32).

Esta doctrina se consolida en fallos posteriores, a partir del principio según el cual los tribunales de justicia tienen la atribución y el deber de abstenerse de aplicar las leyes, si las encuentran en oposición con la Ley Fundamental (33). *"Una pregunta asociada con este tema es ¿qué ocurre cuando hay una inconstitucionalidad evidente y ninguna de las partes la* hubiera planeado oportunamente? La primera respuesta requiere saber si se trata de una cuestión federal ya resulta, es decir que exista un precedente ya establecido sobre el tema. En ese caso, el juez podrá aplicarlo directamente como si se tratara de cualquier otra norma jurídica con la que puede fundar su sentencia sin necesidad de que las partes la hayan mencionado en su pretensión original" (34).

(29) Fallos: 306:1125 y sus citas.
(30) Fallos: 322:524.
(31) Caso "Ganadera Los Lagos c. Gobierno Nacional" (Fallos: 190:149).
(32) Fallos: 324:3219; LA LEY, 2001-F, 891.
(33) Caso "Banco Comercial de Finanzas S.A.", sent. del 2004/08/19, Fallos: 327:3117, LA LEY, 2005-F, 453, DJ, 2004-3, 115.

La declaración de inconstitucionalidad de oficio debe distinguirse de los límites a que se halla ceñido el ejercicio de la jurisdicción. Esto es, si bien no proceden las declaraciones de inconstitucionalidad de las leyes en abstracto —fuera de un caso concreto—, ello no implica que desaparezca la necesidad de petición expresa de la parte interesada, pues el control de constitucionalidad versa sobre una cuestión de derecho y no de hecho. En consecuencia, es potestad de los jueces suplir el derecho que las partes no invocan o invocan erradamente y aplicar, en caso de colisión de normas —conforme el principio *iura novit curia*— aquella de mayor rango, a los fines de mantener la supremacía de la Constitución (35).

Asimismo, la admisión de la declaración de inconstitucionalidad de oficio no supone el abandono de la doctrina del Alto Tribunal según la cual la declaración de inconstitucionalidad de una norma debe ser la *ultima ratio* a la que debe apelar el órgano jurisdiccional. En "Mill de Pereyra", fueron definidos los recaudos y la naturaleza de la declaración de inconstitucionalidad de oficio:

a) Su ejercicio no supone en modo alguno la admisión de declaraciones en abstracto.

b) Sólo procede cuando no exista la posibilidad de una solución adecuada del juicio por otras razones que las constitucionales comprendidas en la causa.

c) De los recaudos señalados, deriva el carácter incidental de este tipo de declaración de inconstitucionalidad, pues sólo será necesaria para remover un obstáculo —la norma inconstitucional— que se interponga entre la decisión de la causa y la aplicación directa de la Ley Fundamental

d) La declaración de inconstitucionalidad de la ley, sólo produce consecuencias dentro de la causa y no tienen efecto derogatorio genérico.

Cabe señalar, como luego veremos en el Capítulo XI, que en materia de amparo el constituyente de reforma le confiere al juez la facultad de declarar de oficio la inconstitucionalidad de la norma en la que se basa el acto u omisión que ha dado lugar al recurso.

(34) SOLA, JUAN VICENTE, *Derecho Constitucional*, Lexis Nexis - Abeledo Perrot, Buenos Aires.
(35) Fallo citado, considerando 3º.

i.3) Interés legítimo del peticionante

La parte que peticiona una declaración de inconstitucionalidad debe acreditar que los perjuicios que le ocasiona la norma impugnada la afectan de forma suficientemente directa o inmediata para promover el proceso. Del mismo modo, los efectos de la pretensión que persigue una declaración de inconstitucionalidad deben limitarse al caso concreto, cuyo fin sea el de asegurar el ejercicio de un derecho o el cumplimiento de obligaciones[36].

Expresa el juez Petracchi que "por mucho tiempo, una concepción demasiado estrecha de lo que puede ser un interés tutelable perjudicó las posibilidades de un efectivo control constitucional. En definitiva, tal interés se identificaba con la reparación de lesiones materiales y excluía toda función declarativa de derechos o preventiva o impeditiva de daños como parte de la actividad jurisdiccional... Esta situación comenzó a modificarse cuando se admitió por vía jurisprudencial la acción de amparo"[37]. Esta acción, regulada por la Ley Fundamental a partir de la reforma de 1994, amplía la legitimación procesal cuando se trata de derechos de incidencia colectiva, o de actos de discriminación, al afectado, al defensor del pueblo y a las asociaciones que propendan a la tutela del derecho en cuestión[38].

Otro hito fundamental en el camino de la ampliación de los medios de control constitucional en Argentina, continúa diciendo el mencionado miembro de la CS, lo constituye la acción de mera certeza o declarativa, regulada en el art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

El requisito fundamental para la procedencia de la acción, según lo establece el Alto Tribunal, es que la solicitud no tenga carácter simplemente consultivo ni importe una indagación meramente especulativa, sino que responda a un caso y tienda a prevenir los efectos de un acto en ciernes, al que se considera lesivo del régimen constitucional federal, y fijar las relaciones legales que vinculan a las partes en conflicto[39].

ii) Efectos

En el derecho federal, por tratarse de un sistema de control difuso, el pronunciamiento de inconstitucionalidad carece de efectos derogatorios o *erga omnes*, sino que sólo se proyectan *inter partes*. La potestad del Poder Judicial se limita a invalidar su aplicación al caso sometido a decisión[40].

(36) Caso "Gómez Diez", Fallos: 322:518.
(37) PETRACCHI, ENRIQUE S., *Control judicial en la Argentina*, LA LEY, 1987-E, 709.
(38) Ver Capítulo VII, punto 3.
(39) "Provincia de Santiago del Estero c. Nación Argentina", Fallos: 307:1379.

La Corte Suprema ha sostenido que: "Uno de los grandes aciertos de los autores de la Constitución de los Estados Unidos de América consistió en limitar los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad, a la causa o litigio donde aquélla fue declarada, sin afectar empero los efectos normales de las leyes acerca de las personas extrañas al pleito en que la invalidez fue pronunciada"[41].

El sistema de control judicial difuso tiene su fundamento en el principio de separación de poderes. Por esta razón, el Poder Judicial "no resuelve en abstracto el punto constitucional controvertido en el juicio, pues ello importaría entorpecer la acción independiente de los otros departamentos del gobierno"[42]. Sin embargo, los efectos no sólo jurídicos sino políticos de la declaración de inconstitucionalidad de una norma por parte de la CS, siempre van a tener efectos sobre los poderes públicos, con relación a la ley que ha sido declarada inconstitucional. Del mismo modo, si el tribunal se pronuncia declarando la validez constitucional de la norma impugnada.

A mero título de ejemplo, cabe señalar la declaración de inconstitucionalidad del artículo 64 de la ley 2393 en cuanto prohibía la disolubilidad del vínculo matrimonial[43], poco antes de la sanción de la ley 23.515, y la convalidación de las leyes de emergencia económica, en especial a partir de la sentencia recaída en el caso "Peralta" el 27 de diciembre de 1990[44].

d) Cuestiones políticas no justiciables

Existen áreas, en los diferentes sistemas, que no son susceptibles de revisión constitucional. En el régimen de control judicial difuso, esos ámbitos están constituidos por las denominadas cuestiones políticas no justiciables.

La doctrina de las "cuestiones políticas" configura un límite a la potestad que tienen los jueces de examinar "todos los puntos regidos por la Constitución", a los fines de garantizar su supremacía —arts. 106 y 31 CN—.

(40) Fallos: 183:76; 247:325; 248:702.
(41) Caso "Zemba de Fiamberti", Fallos: 183:76.
(42) Caso "Pereyra Iraola, Martín c. Provincia de Buenos Aires", Fallos: 139:65.
(43) Caso "Sejean", Fallos: 308:2268.
(44) Fallos: 313:1513.

La formulación de la doctrina tuvo lugar en el contexto de la sentencia que estableció los principios que sustentan el control judicial de constitucionalidad. Allí, la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América delimitó ese ámbito excluido de la atribución del Poder Judicial en estos términos:

"Por la Constitución de los EE.UU., el presidente está investido de algunos importantes poderes políticos cuyo ejercicio está librado a su exclusivo arbitrio, y por el cual es sólo responsable ante el pueblo, desde el punto de vista político, y ante su propia conciencia. Para colaborar con él en el cumplimiento de sus funciones, puede designar funcionarios que actúen bajo su autoridad y de conformidad con sus órdenes. En estos casos, los actos de los funcionarios son los actos del presidente, y sea cual fuere la opinión que pueda merecer el modo en que el Ejecutivo utiliza sus poderes discrecionales, no existe ni puede existir poder alguno que los controle. Las materias son políticas, atañen a la Nación, no a derechos individuales, y habiendo sido confiadas al Ejecutivo, la decisión del Ejecutivo es terminante" (45).

Nuestra Corte Suprema adoptó el criterio de las cuestiones políticas al declarar cuestión no justiciable el procedimiento de sanción de una ley de intervención federal en el caso "Cullen c. Llerena", fallado en 1893 (46). A partir de allí, una jurisprudencia casuística y oscilante del Tribunal impidió formular pautas precisas que permitan sistematizar la doctrina de las cuestiones políticas. Entre la diversidad de casos, cabe mencionar el estado de sitio, la intervención federal, las cuestiones electorales, el enjuiciamiento de magistrados, la formación y sanción de las leyes, las facultades privativas de los poderes políticos.

Ahora bien, los efectos de tales actos, en cuanto puedan afectar derechos subjetivos, siempre serán susceptibles de revisión. Asimismo, la *observancia de los requisitos exigidos por la Constitución y la ley para su dictado es materia justiciable.*

Por ejemplo, la declaración del estado de sitio o la sanción de una ley son actos eminentemente políticos y, por lo tanto, el Poder Judicial no podría revisar las razones que han llevado a los otros poderes a decidir esos actos. Pero, sí serían susceptibles de revisión los aspectos de tipo procedimental que deben ser observados para el dictado de un acto de tipo político. Esto ocurriría, por ejemplo, si el estado de sitio hubiese sido declarado por un órgano incompetente, v. gr. por el Poder Ejecutivo en caso de conmoción interior estando en sesiones el Congreso, o que se hubiera violado el procedimiento exigido por la Constitución para la

(45) GELLI, MILLER y CAYUSO, ob. cit., t. 1, p. 5.
(46) Fallos: 53:420.

formación de las leyes, como ocurriría si una ley sobre tributos hubiera tenido al Senado como Cámara de origen.

Dice Ricardo Haro: "la discrecionalidad y el arbitrio es un margen de libre disposición, dentro del marco constitucional y legal, según pautas de necesidad, oportunidad y eficacia. La valoración de estas pautas constituye una zona de reserva política, en la que la prudencia política guiará al gobernante, en la búsqueda de los mejores medios para el logro de los objetivos propuestos. Esta libre disposición dentro del marco legal es lo no justiciable, lo realmente político en el funcionamiento de los órganos del poder" (47).

Cabe destacar que, pese a la falta de precisión para delimitar el ámbito de justiciablidad, la jurisprudencia del Máximo Tribunal de la República evidencia una tendencia favorable a su ampliación. En tal sentido, no puede dejar de señalarse el impacto producido, desde la transición a la democracia, por los tratados internacionales de jerarquía constitucional sobre derechos humanos con relación al principio de la tutela judicial efectiva; y, en especial, a partir de la reforma de 1994 (48). En consecuencia, dada la fuerza imperativa que tiene la Constitución, la verificación del cumplimiento de todas sus cláusulas, en principio, pueden ser objeto de revisión judicial, sólo excepcionalmente este postulado podrá ceder cuando lo que se pretende rever es aquello que queda comprendido dentro del área que tiene que ver con las razones que llevan al dictado de un determinado acto.

BIBLIOGRAFÍA

- BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Manual de la Constitución reformada*, Ediar, Buenos Aires, 1996.
- BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, t. VI, Buenos Aires, 1995.
- GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS, *La Regla de Reconocimiento Constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 2007.
- SABSAY, DANIEL y ONAINDIA, J. MIGUEL, *La Constitución de los Argentinos*, Errepar, 7ª ed., Buenos Aires, 2009.
- SABSAY, DANIEL, *Colección de Análisis jurisprudencial, Derecho Constitucional*, La Ley, Buenos Aires, 2002.

(47) HARO, RICARDO, *Las cuestiones políticas: ¿prudencia o evasión judicial?*, LA LEY, 1991-D, 1050.
(48) Convención Americana sobre Derechos Humanos y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Capítulo IV

Derecho electoral y participación ciudadana

Sumario: 1. Evolución de los sistemas electorales en la República Argentina.— 2. El derecho electoral. Sufragio y régimen electoral. a) Sistema electoral y sistema político. b) Antecedentes a nivel internacional. c) Sistemas electorales. *i) Circunscripciones uninominales. ii) Ley de lemas* o doble voto acumulativo y simultáneo. iii) Voto de preferencia. iv) El ballottage. v) Primarias abiertas. d) La constitucionalización de los partidos políticos. *i) La reglamentación de los partidos políticos. ii) Derecho* constitucional comparado. iii) Financiamiento de los partidos políticos. iv) Los partidos políticos en el derecho público argentino. v) Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. vi) Constituciones provinciales. vii) Control sobre los partidos políticos.— 3. Participación - Formas semidirectas de democracia. a) La participación. b) Constitución Nacional. c) La reforma del '94. i) Iniciativa popular. ii) Consulta popular. d) La cuestión en la Ciudad de Buenos Aires. i) Audiencia pública. ii) Iniciativa legislativa. iii) Referéndum. iv) Consulta popular. v) Revocatoria. e) En el derecho público provincial y municipal. f) Consideraciones finales.— Bibliografía.

1. Evolución de los sistemas electorales en la República Argentina

Cuando hablamos de la democracia como régimen de gobierno hacemos referencia a un sistema integrado por diferentes elementos que se encuentran relacionados entre sí. Entre ellos, los derechos políticos, los partidos y su financiamiento y el régimen electoral, componen uno de sus ejes fundamentales, una suerte de subsistema que se ubica en el interior del sistema democrático. Actualmente, a los elementos antes mencionados se le agregan los diferentes institutos que hacen posible la concreción de la democracia participativa. Así las cosas en este capítulo *nos ocuparemos de los sistemas electorales, de los partidos políticos y de* las diferentes formas de participación en las decisiones públicas.

Estas cuestiones integran la parte dogmática de la Constitución. Ahora bien, si a estos mismos temas los analizamos en su relación con

la conformación y funcionamiento de los poderes del Estado se erigen en temas centrales de la parte orgánica de la CN. La reforma de 1994 decide "constitucionalizar" estas cuestiones a las que les dedica dos artículos del nuevo capítulo de la parte dogmática, titulado "Nuevos Derechos y Garantías". Así, incluyó lo relativo a derechos políticos y a las características del sufragio en el art. 37, y lo referente a partidos políticos, su competencia para postular candidatos y el financiamiento de sus actividades en el art. 38.

La Convención Constituyente reformadora de 1994 optó por establecer las notas características del sufragio en nuestro país, tomando algunos elementos surgidos de la evolución histórica, y de las experiencias comparadas. En la primera ley electoral Nº 140[1], el voto era público o "cantado" y los padrones, cuya confección estaba en manos de las municipalidades, eran objeto de prácticas corruptas, mientras que la participación en los comicios era escasa.

Un hito trascendente en este camino, fue la sanción de la Ley Sáenz Peña Nº 8871[2], que estableció la universalidad e igualdad del sufragio y sus caracteres de secreto y obligatorio, con la finalidad de fomentar la transparencia en el proceso electoral y de favorecer la participación popular. Asimismo, por primera vez en la Argentina se reconoció la participación de la minoría en la Cámara de Diputados de la Nación, a través del sistema mayoritario denominado de lista incompleta, por el cual la lista que obtenía la mayoría de votos, ocupaba los dos tercios de los cargos, quedando el tercio restante de bancas a favor de la nómina que le seguía en número de sufragios. Este significativo cambio se vio reflejado en el crecimiento del número de votantes. Mientras que en 1910 sólo el 21% del padrón había ejercido el derecho de voto, en 1912, ya sancionada la ley, la participación trepó al 69%[3]. Porcentaje que pone por si sólo de manifiesto el estímulo que había significado para el electorado la participación en comicios que por primera vez eran realmente competitivos; y además, acorde con un marco jurídico que dificultaba las maniobras fraudulentas.

Darío Cantón[4] sostiene que en nuestro país el notable incremento de la participación electoral desde la aplicación de la Ley Sáenz Peña se debió no sólo a la obligatoriedad del voto, sino también a otros factores, como ciertas garantías básicas de transparencia electoral (padrones generalmente correctos, controles eficaces del voto secreto, etc.). Sin embargo, la constancia de la alta participación electoral aun en épocas en que se podría pensar que no había un extendido interés político, y comparando con países donde el voto es voluntario (como el caso de Estados Unidos), hace suponer que la obligatoriedad juega un papel importante al explicar el alto presentismo electoral en nuestro país a partir de su introducción por vía legal. El voto se universalizó finalmente con la sanción de la ley 13.010[5] que incorporó a la mujer a los padrones electorales, con derecho a elegir y ser elegida.

(1) B.O. 1857/09/16.

(2) B.O. 1912/03/26.

(3) NINO, CARLOS, *El voto obligatorio, Reforma Constitucional, segundo dictamen del Consejo para la consolidación de la democracia*, Ed. EUDEBA, Buenos Aires, 1987, p. 220.

(4) CANTÓN, DARÍO, *El sufragio universal como agente de movilización*, Documento de Trabajo Nº 19, Instituto Di Tella, Centro de Investigaciones Sociales.

La reforma de 1994 elevó a rango constitucional las características que el sufragio activo (derecho a elegir los representantes) tuvo a partir de la Ley Sáenz Peña en 1912. Puede criticarse que se sacralice constitucionalmente una cuestión que por su naturaleza cambiante en función de la coyuntura, puede ser necesario modificarla a través de un mecanismo más flexible que el previsto para reformar la Constitución. Sin embargo estas modalidades están seriamente arraigadas a nuestra tradición electoral y, por lo tanto, no parece desproporcionado que sólo puedan ser modificadas a través del procedimiento previsto en el art. 30 CN.

Luego el constituyente realiza una aplicación concreta del principio de igualdad consagrado en el art. 16 por razones de sexo, de modo tal que el Congreso deberá establecer lo que se denomina "discriminaciones positivas" para garantizar la igualdad de oportunidades y de trato entre varones y mujeres respecto del acceso a cargos electivos y partidarios. Dichas modalidades prevén una situación diferencial destinada a favorecer al grupo que sufre la discriminación negativa con la finalidad de hacer cesar esa situación lesiva del derecho a la igualdad entre ambos sexos en la materia. De esta manera adquiere aval constitucional la denominada "ley de cupo femenino" que le asegura a las mujeres el acceso efectivo de al menos el 30% de los cargos electivos. El Congreso es el órgano que en el futuro deberá evaluar si mantiene o no estas medidas o si las flexibiliza, en función de lo que señalen las situaciones cambiantes que estas modalidades deberían producir.

2. DERECHO ELECTORAL. SUFRAGIO Y RÉGIMEN ELECTORAL

El sistema electoral es un elemento de la democracia representativa que sólo concibe el acceso al poder a través del pronunciamiento de la soberanía del pueblo expresado en las urnas por medio del sufragio. De allí en más surge una normativa específica y una dinámica, encargadas de estructurar "lo electoral": el modo de emisión del voto, la confección

(5) Ley 24.012. Reforma al Código Nacional Electoral, 1991/11/06.

de los padrones, el control del acto electoral, el escrutinio, etc.; en suma, todo lo que hace a la elección popular de los gobernantes.

Sin embargo, cuando se trata de introducir cambios al sistema electoral suele ponerse énfasis en un momento o aspecto del mismo, el de la conversión de votos en bancas o escaños de los parlamentos o de los poderes colegiados de origen popular. Este elemento que también se conoce con el nombre de "fórmula electoral", hace al modo cómo se reparte el poder en el seno del legislativo. El proceso se nutre de dos principios: el mayoritario y el de representación proporcional, cada uno persigue una finalidad diferente y se apoya en una filosofía política igualmente distinta.

El sistema mayoritario tiende a la gobernabilidad del sistema, y para ello, le concede al más votado —se trate de partido, lista, agrupación o candidatura—, un número de bancas en el parlamento que alcance por lo menos a la mayoría absoluta; ello, independientemente del número de sufragios que éste haya obtenido. Es decir que en la mayoría de los casos se producirá una distorsión entre el número de votos logrados y la cantidad de escaños alcanzados. La operación beneficiará al más votado y en cambio, perjudicará a los que hayan tenido porcentajes inferiores.

La representación proporcional apunta a responder del modo más perfecto posible a la igualdad como base liminar de todo sistema democrático, de tal modo que la composición del parlamento sea un reflejo de las preferencias políticas de los distintos grupos que se disputan el poder en el seno de la comunidad. El principio mayoritario y el de representación proporcional, a su vez, muestran una amplia variedad de posibilidades intermedias que se ubican más cerca de una u otra de estas dos fórmulas.

Desde el electorado se solicita más libertad en la elección de sus gobernantes, esto es, participar directamente por ejemplo en la confección de las listas y es a partir de este requerimiento poder participar también en el modo de selección de los candidatos a los cargos públicos electivos, "...el régimen electoral no se limita a los mecanismos que rigen la emisión del voto y conversión en escaños. Hoy se reclaman modificaciones en el sistema de selección de candidatos, el principio de representación política, las fórmulas del escrutinio, el control del proceso electoral, la organización interna de los partidos; todos los aspectos que hacen a la organización electoral, el derecho electoral y el sistema electoral vigentes, y por lo tanto, las características del régimen electoral en su sentido amplio, así como la legislación partidaria" (6).

(6) DE RIZ, LILIANA, *Perspectivas de modificar el sistema constitucional de Argentina*. Buenos Aires, setiembre de 1989.

a) Sistema electoral y sistema político

El sistema electoral es uno de los elementos del sistema político y como tal, sus características deben compadecerse necesariamente con las particularidades del mismo. El sistema, es un conjunto en el cual gravitan distintos factores y elementos. Su correcta integración conducirá a la consolidación de ese todo o en caso contrario, provocarán su destrucción. Todo elemento del sistema político está necesariamente relacionado con los restantes, por lo tanto, toda modificación de alguno de ellos, importará una alteración del sistema en su conjunto.

Por lo tanto cuando se busca un mayor protagonismo de los electores en el proceso de designación de los gobernantes a través de la reforma electoral, el andamiaje que se elabore para ello deberá tomar en cuenta a los restantes componentes del sistema político, de lo contrario es probable que las consecuencias que han de producirse, lejos de provocar resultados benéficos, redunden en una nueva situación también imperfecta.

b) Antecedentes a nivel internacional

Lijphart, luego de trazar un amplio cuadro de las reformas en varios países, expresa que: "la tendencia de largo plazo en la reforma electoral ha favorecido claramente a la representación proporcional. De los veintiún Estados que han mantenido formas democráticas de gobierno sin interrupción desde el final de la Segunda Guerra Mundial (los de Europa Occidental, más Estados Unidos, Canadá, Israel, Australia, Nueva Zelanda y Japón), dos tercios se valen de la representación proporcional para la elección de sus Cámaras bajas o de sus únicas Cámaras de la Legislatura nacional. Sólo seis (los Estados Unidos, Canadá, Gran Bretaña, Nueva Zelanda, Francia y Australia) tienen sistemas de escrutinio mayoritario; Japón utiliza el voto único no transferible, un sistema de representación semi-proporcional. La representación proporcional —concluye Lijphart— es hoy norma, los métodos de escrutinio mayoritario son la excepción" (7).

Otro dato comparativo de relevancia en relación con la problemática de los principios de reparto, es su adopción en el mundo latino. De los países latinos comprendidos dentro del breve listado de democracias consolidadas que hace Lijphart, sólo Francia ha adoptado el principio mayoritario en 1958, de resultas no sólo de un cambio en el sistema elec-

(7) LIPHART, ARENDT, *Boletín electoral latinoamericano - V*. IIDH/CAPEL, San José de Costa Rica, 1991, p. 69.

toral sino, de régimen ya que este país ha sido el ejemplo más característico de evolución institucional hacia el semi-presidencialismo. Si extendemos nuestra observación a los restantes países de este grupo, en Europa, tanto Italia como España, al igual que Portugal, aplican variantes de la representación proporcional para la elección de los integrantes de sus parlamentos. Lo mismo sucede en Bélgica, país multinacional. En América Latina, la representación proporcional es una regla aplicada prácticamente por la totalidad de los países del subcontinente.

c) Sistemas electorales

En nuestras provincias se han producido importantísimas modificaciones electorales. Esta riqueza de propuestas existentes en nuestro país es el producto de la forma federal de Estado imperante y del hecho que el deslinde de competencias Nación-Provincias (arts. 121 y ss. CN), atribuyan a estas últimas la determinación del sistema electoral para la designación de sus propias autoridades. La Nación, por su parte, fija su propio régimen en materia de designación de los titulares de los poderes políticos federales. La iniciativa reformadora provincial se ha extendido a más de la mitad de los estados federales y ha importado, las más de las veces de modo sorprendentemente abrupto e improvisado, la incorporación *de un variado "menú" de posibilidades al derecho público provincial*[8].

i) Circunscripciones uninominales

Consiste en la división de cada distrito en tantas circunscripciones como diputados o miembros del órgano colegiado a integrar deban elegirse, de modo tal que cada partido o agrupación presentará en cada *circunscripción un candidato. Terminada la votación y realizado el* escrutinio en el interior de cada circunscripción, el candidato más votado se alzará con la banca en disputa. El efecto mayoritario es clarísimo, sólo serán útiles los sufragios que han servido para la designación del ocupante de la banca, el remanente —independientemente de su magnitud— no verá traducido su peso en el interior del Parlamento.

Este régimen fue empleado en nuestro país entre 1902 y 1912, reim*plantándose en la década del '50 durante el gobierno peronista. Rige en* Gran Bretaña, en los EE.UU. y en la mayoría de los Estados integrantes de la Comunidad Británica de Naciones.

Ventajas: Su principal ventaja consiste en la relación de proximidad que se logra entre electores y elegidos. El sufragante conoce a su representante, quien inclusive puede llegar a ser un vecino. A partir de allí, se agudiza por un lado el sentido de responsabilidad de los electos y por el otro, los electores saben a quién acudir para solicitarle una "rendición de cuentas", o para contar con un "abogado" en el Legislativo, ante quien presentar sus inquietudes y preocupaciones. Además, la suerte de cada legislador depende de la voluntad política de los electores de su circunscripción, para quienes resultará sencillo dejar de votar a aquel que no ha demostrado ser un buen representante de los intereses de sus electores.

Desventajas: Esta sumatoria de buenas razones para apoyar el sistema —muchas de las cuales a veces parten de una suerte de visión romántica de la política— queda a nuestro juicio desvirtuada por las numerosas desventajas que lo tornan desaconsejable. El primer aspecto *negativo proviene de las dificultades para el trazado o delimitación de* las circunscripciones. El problema ya es de vieja data y ha dado lugar a la incorporación del término "gerrymandering" en el vocabulario de la ciencia política, palabra con la cual se quiere significar el tipo de manipulación a que comúnmente da lugar la utilización de las circunscripciones uninominales. "Como el criterio para la subdivisión puede ser caprichoso, los resultados también suelen ser artificiales. En los Estados Unidos, el gobernador Eldbridge Gerry era muy diestro para diseñar circunscripciones, y teniendo presentes estadísticas y escrutinios anteriores, compensaba las zonas adversas con las favorables a su partido, de modo que obtenía el mayor provecho del mapa electoral. Claro que éste adquiría contornos extraños, tomando algunos distritos el aspecto de un lagarto o salamandra. Mejor dicho, una *gerry-mandra*, como se conoce desde entonces este tipo de especulaciones"[9].

Vera Villalobos analiza en profundidad, la distorsión que el sistema provoca sobre el fenómeno de representación política: "(...) el sistema uninominal —expresa nuestro autor— posee defectos que lo hacen claramente desaconsejable: 1) gran parte de los votos, cuando no la mayoría de ellos, se pierde si uno no vota a ganador, el voto vale tanto como un billete de lotería sin premio; 2) pueden —y suelen— ganar por amplia mayoría de bancas los candidatos de un partido que sale segundo *en número de votos; 3) las variaciones marginales en la tendencia del* electorado suelen producir cambios desmesurados en la composición del Parlamento (...)". En este punto nos parece importante agregar que el régimen genera de manera prácticamente segura un sistema bipartidista de agrupaciones políticas[10].

(8) SABSAY, DANIEL, *Las autonomías provinciales y la materia electoral*, La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional, 2000/08/04.

(9) SANGUINETTI, HORACIO, *Curso de Derecho Político*, Astrea, Buenos Aires, 1980, ps. 336/337.

(10) VERA VILLALOBOS, ENRIQUE, *La Nación*, Buenos Aires, 1990/10/10, p. 7.

Si bien el sistema tiene fanáticos defensores, su sola aplicación no ha demostrado garantizar *per se* ninguna de las ventajas que se le atribuyen. En varios de los lugares donde se lo utiliza se discute fuertemente sobre la posibilidad de su modificación (casos de Gran Bretaña y de Francia, entre otros). La candidatura independiente no es un elemento exclusivo de este régimen, se trata de un aditamento, que como tal puede ser empleado en cualquiera de los demás. La "disciplina partidaria", tampoco desaparece como dicen sus adeptos, con la aplicación de las circunscripciones uninominales. Como ejemplo de ello ponemos el caso británico, en el cual se observa desde hace siglos un acatamiento a las decisiones de las cúpulas partidarias de parte de los parlamentarios, como es difícil encontrar en sistemas de lista con representación proporcional.

ii) Ley de lemas o doble voto acumulativo y simultáneo

Con el nombre de ley de lemas se conoce al particular sistema vigente en el Uruguay por el cual el sufragante hace uso de un doble voto simultáneo en el momento de elegir a sus autoridades. Se trata de un doble voto pues en ese momento el elector decide en primer término cuál es el partido de su preferencia y en segundo término, en el interior de ese partido escoge al candidato o a los candidatos —según se trate de elegir a los titulares de un órgano unipersonal o colegiado— para ocupar los puestos gubernamentales en disputa. Este procedimiento importa para el votante la decisión simultánea de la elección interna del partido que le es más afín y la elección externa, en la que se pone en juego el acceso al poder de las personas más votadas. Por ello el procedimiento obliga a la realización de un doble escrutinio. El primero, en el interior de cada partido entre todos los candidatos que hayan participado, a fin de determinar cuál ha sido el ganador, ya que éste acumulará a su favor todos los votos obtenidos por los demás y se convertirá en el candidato del partido. El segundo escrutinio se realiza entre los candidatos de los distintos partidos que se han presentado a efectos de establecer quién o quiénes serán los ocupantes del cargo o los cargos en disputa.

Este original sistema si bien se lo identifica inmediatamente con el Uruguay, ha sido la creación de un belga, J. Borely, quien lo pensó para Francia, pero ni en este país ni en ningún otro de Europa, jamás fue empleado. Esta suerte de paradoja lleva a Nohlen a manifestar que "el sistema electoral uruguayo es uno de los más curiosos dentro de los sistemas electorales empíricos; en él vinieron a conjugarse, de modo peculiar, el dualismo partidista con la proporcionalidad. La Constitución y el cambio de funciones del sistema de lemas se encuentran en relación muy estrecha con el desarrollo socioeconómico y político de este país latinoamericano". Pese a ello, varias provincias argentinas no parecieron haberlo entendido así, ya que han incorporado el sistema uruguayo a sus respectivos derechos públicos[11].

En la actualidad, con las enseñanzas de una bastante dilatada aplicación en nuestras provincias, se advierte que en la Argentina, la implantación del sistema de lemas ha llevado a un gran número de abusos. Los riesgos del sistema son la desideologización y el fraccionamiento en los partidos políticos que podría traer aparejado el doble voto acumulativo, a la vez que nos preocupa la falta de legitimidad que podría resultar de la elección de un candidato que individualmente no hubiere sido el más votado. Ejemplo de ello fue la elección de Bordaberry en 1971 en Uruguay, país que en 1997 en su última reforma constitucional ha abandonado la ley de lemas.

iii) Voto de preferencia

La expresión voto de preferencia hace referencia a la posibilidad por parte del elector de manifestar su inclinación a favor o en contra de un candidato dentro de una lista de postulantes a los cargos electivos en cuestión. Este mecanismo actúa como una suerte de correctivo a favor de la libertad de los sufragantes, quienes cuentan con la facultad de introducir modificaciones en la oferta electoral de los partidos. La eventual intervención del elector que puede hacer uso del voto de preferencia obra como un disuasivo que en definitiva redunda en un control sobre las elites partidarias y apunta a evitar que la nómina de candidatos se componga exclusiva o mayoritariamente con los nombres del "aparato partidario".

Para entender la mecánica es necesario conocer los distintos sistemas de lista. En tal sentido las listas pueden ser:

- *Cerradas*: cuando se limitan a los nombres propuestos por los partidos. El elector deberá respetar la nómina propuesta por el partido que le es más afín.
- *Abiertas*: la misma se compondrá de los nombres propuestos por el partido y sobre ella el elector podrá realizar modificaciones provenientes de la introducción de nuevos candidatos.

---

(11) NOHLEN, DIETER, *Sistemas Electorales del Mundo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981, p. 560.

BORELY, JEAN, *Nouveau Sistème electoral: Représentation proportionelle de la majorité et des minorités*, París, 1870.

- *Bloqueadas*: el elector no puede cambiar el orden en que son propuestos los candidatos en la lista de acuerdo a la confección que ha realizado cada partido.

- *Desbloqueadas*: el elector, contrariamente a lo que sucede en el caso anterior, puede efectuar cambios en el orden propuesto por el partido.

El sistema argentino es de lista cerrada y bloqueada, de tal modo que el votante carece de toda atribución en cuanto a la introducción de cambios en las nóminas que han sido elaboradas por los distintos partidos reconocidos. De modo tal que el elector debe aceptar *in totum* la oferta que le hace el partido que prefiere, sin poder efectuar cambio o modificación alguna sobre ella. De acuerdo a nuestra legislación el elector puede cortar boletas. Por corte se entiende a la división de la boleta en tantas partes como categorías distintas de candidatos se elijan. Cada lista contiene una nómina de candidatos para una categoría de cargos, ella tiene su propia individualidad y el votante no puede hacerle modificaciones. De ser factible existirán dos alternativas, una horizontal, provendría de la apertura de la lista, lo que redundaría en la posibilidad para el sufragante de incorporar a ella, ya sea nombres contenidos en otras boletas o, inclusive, introducir nombres independientes. La otra alternativa, vertical, consistiría en la facultad de cambiar el orden de la nómina, desbloqueando la propuesta partidaria. La alteración en uno u otro caso sólo puede efectivizarse cuando un cierto número de electores se ha pronunciado en tal sentido. La determinación de la cuantía de este tipo de piso o de umbral electoral queda en manos de la autoridad política.

Tierra del Fuego constituye la única provincia argentina que ha adoptado el voto de preferencia. En el nivel municipal, la Ciudad de Ushuaia, ha sancionado en el año 2003, la Ordenanza Municipal Nº 2578, del "Régimen Electoral Municipal" que reglamenta de conformidad con lo establecido en su Carta Orgánica, el sistema electoral para la elección de Intendente y Concejales. Para el órgano legislativo adopta el sistema de preferencia. Según el art. 37 el elector podrá hacer su opción de preferencia marcando en la boleta correspondiente, él o los candidatos preferidos, dentro del recuadro que precede al apellido y nombre del candidato. Las boletas que no registren ninguna preferencia se consideran como un sufragio emitido a favor de la lista de candidatos del partido correspondiente.

Asimismo es interesante recordar que la Ley Sáenz Peña introdujo un sistema de esta naturaleza al que se denominó de tachas. Sus ventajas surgen de la facultad que se le brinda al elector, quien experimenta un salto cualitativo que lo lleva de una suerte de opción a una verdadera elección, que inclusive puede llegar a conferirle la enorme responsabilidad de reelaborar la lista.

iv) El ballottage

El *ballottage* es una técnica utilizada en materia electoral, que consiste en la necesidad impuesta a todo candidato a un cargo electivo de obtener en el escrutinio la mayoría absoluta de los sufragios válidos para hacerse acreedor al cargo en cuestión. Para el caso en que ninguno de los contendientes hubiese alcanzado dicho porcentaje en la primera vuelta electoral, debe celebrarse una segunda votación entre los dos candidatos que han obtenido la mayor cantidad de sufragios. El instituto aparece en Europa, más precisamente en Francia, y luego es utilizado por otros países del viejo continente. Curiosamente, desde este otro lado del Atlántico, la elección a dos vueltas es incorporada a la normativa electoral de varias naciones latinoamericanas y ello ocurre a partir del retorno a la democracia que comienza en la década del 80.

G. Belaúnde y P. Manchego[12] expresan que el *ballotage* es fruto y creación del siglo XIX. Recuerdan que apareció por primera vez en 1852 a raíz de la instauración del Segundo Imperio de Napoleón III en Francia, para recién en la IIIª República volver a ser aplicado y reaparecer nuevamente en la Vª República Francesa. Los citados autores concluyen que se trata de una institución típica del derecho constitucional francés. Sin embargo, ellos mismos recogen los casos de Bélgica, en 1899, y de Holanda, en 1917, entre otros países europeos, donde también se aplicó el *ballottage* para luego ser dejado de lado. A estos ejemplos nosotros queremos agregar los casos de Austria y de Portugal cuyas Constituciones vigentes de 1929 y 1976, respectivamente, establecen el *ballottage* entre sus normas electorales.

v) Primarias abiertas

Este mecanismo apunta a la selección de los candidatos de los partidos y por lo tanto no constituye una variante del sistema electoral que involucra un criterio de reparto de poder entre electos, tal como ocurre con los casos previamente analizados. El instituto se inspira en una de las modalidades existentes en los EE.UU. para la designación de los candidatos de los dos grandes partidos a los cargos nacionales. En el país del norte se utilizan tres sistemas para la selección de los candidatos. Ellos son los siguientes:

a) El *caucus*, suerte de convención partidaria encargada entre otros cometidos de la elección de quienes se presentarán ante el electorado para la conquista de los cargos en disputa.

(12) BELAÚNDE, G. y MANCHEGO, P., *Diccionario Electoral*, Capel.

b) La interna cerrada, los candidatos son elegidos con el voto de los afiliados, convocados a una elección limitada a ellos.

c) Por último, la elección interna abierta es aquel tipo de comicio al que concurren de manera facultativa todos los electores a efectos de designar a los candidatos de los diferentes partidos.

A pesar de la creencia muy extendida de que las internas abiertas constituyen el mecanismo más utilizado en los EE.UU., ello no es así. El mismo existe únicamente en algunos estados, cuyo número ha tendido a disminuir en el tiempo. El método descripto bajo la letra b) es el más común y al que adhiere la mayoría aplastante de los estados de la unión. Uruguay ha adoptado el sistema de internas abiertas obligatorias para la elección del Presidente y Vicepresidente de la República (1997); sistema que también se aplica en Santa Fe para la elección de Gobernador y Vicegobernador.

La ley 26.571 denominada de democratización de la representación política, la transparencia y la equidad electoral establece el sistema de primarias abiertas en el orden nacional.

d) La constitucionalización de los partidos políticos

Comenzaremos con un rápido análisis del vínculo entre partidos y democracia, para luego abordar diversos aspectos de su reglamentación, la cuestión del financiamiento, alguna referencia a nuestro derecho público provincial, la regulación de los partidos políticos en la Constitución Nacional.

En los albores del constitucionalismo clásico no sólo se ignoró su existencia, sino que se los consideró peligrosos para el Estado de Derecho. La expresión partido inspiraba desconfianza por aquello de la oposición entre los intereses de una parte sobre los intereses del todo, entendido como bien general.

De la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Revolución Francesa surgen las razones de esta desconfianza. A los partidos políticos se los identificaba con las facciones, las que constituían una simple asociación de personas que perseguía la toma del poder por el poder mismo y para satisfacción de intereses particulares opuestos a los intereses de la sociedad en su conjunto. Por otro lado, como toda agrupación intermedia, hacía pensar en las antiguas corporaciones, las que se interponían entre los individuos y el gobierno atentando contra la libertad y el interés general. Al margen de este rechazo los partidos surgieron de manera sorprendente en los nuevos sistemas políticos inspirados en el constitucionalismo. Hay consenso entre los estudiosos del

tema en que no es posible hablar de democracia moderna sin aludir a estos grupos sociales, imprescindibles para el despliegue democrático.

La sociedad está destinada a integrarse de modo permanente en el Estado, con intereses materiales y espirituales diversos y comunes a una pluralidad de individuos, que a su vez constituyen grupos parciales dentro de la totalidad del cuerpo social. Así surgen estas organizaciones, compuestas por aquellos que pretenden defender sus intereses a través de la acción estatal y que por tanto, han de entrar en concurrencia con organizaciones del mismo tipo pero de distinto contenido ideológico, estructura y funcionamiento interno.

Volviendo a las peculiaridades de su evolución y reconocimiento institucional recordamos que tanto en los Estados Unidos de América, como en Gran Bretaña y Francia, se dio este proceso de surgimiento de los partidos políticos en la realidad social con anterioridad a su regulación legal. Desde el rechazo categórico, pasando por un período de silencio, de tolerancia sin que el Estado se dé directamente por aludido de la existencia del fenómeno, ni considere necesario su reconocimiento y regulación normativa. Terminada la Primera Guerra Mundial aparecieran en algunas nuevas Constituciones europeas disposiciones sobre partidos. Este fenómeno que Mirkine-Guetzevich categoriza como de racionalización del poder, produce la definitiva incorporación del partido político al mundo jurídico y su reconocimiento como institución fundamental de la democracia moderna. El lugar que ocupan es tan importante que, a principios de la década del 80, Duverger[13] observaría que las modernas democracias son en verdad democracias de partidos. En síntesis el partido político, contrariamente a la mayoría de las instituciones, no es creado por la ley, sino que debe su existencia a la propia dinámica social, política e institucional del Estado de Derecho. El partido aparece espontáneamente y el Estado frente a la importancia que toma se ocupa de él, encauzando su actividad a través de normas de variado nivel y complejidad.

El abandono por parte de los partidos de muchas de las funciones —en particular las de dimensión cívica— frente al excesivo papel electoral, ha creado en vastos sectores de la sociedad una enorme frustración y una creciente crisis de legitimidad de estas agrupaciones que necesariamente se transmite sobre el sistema político en su conjunto.

Los partidos son personas jurídicas públicas no estatales en razón de las funciones eminentemente públicas que realizan. No están dentro del Estado, pero pertenecen a la sociedad, posibilitan la vinculación

(13) DUVERGER, M., *Los partidos políticos*, Fondo de Cultura Económica, México, 1984.

entre ambos. Actúan como un filtro en este proceso de intermediación sociedad-Estado, erigiéndose en un complemento de la teoría de la representación.

Resumiendo, los partidos no son personas de derecho privado por las finalidades que persiguen y por las funciones que cumplen, por ello ingresan al mundo de lo público ya que su actividad interesa a todos por igual y llevan a cabo misiones que involucran al Estado de Derecho en su conjunto.

i) La reglamentación de los partidos políticos

Una primera cuestión consiste en determinar qué técnica legislativa se considera más apropiada para abordar la problemática que gira en torno a los partidos políticos. Observando la realidad institucional y política se advierte, que la sobreabundancia legislativa no es aconsejable, ya que la normativa que pretende regularlo todo puede terminar con la riqueza de la vida partidaria, impidiendo la evolución de una institución que pertenece a la sociedad y de cuya vitalidad y buen funcionamiento depende en gran medida la salud del sistema político en su conjunto.

Se debe comenzar por identificar cuáles son las funciones que cumple el partido, qué actividades comprometen cada una de ellas y qué incidencia tienen en el proceso político. En primer lugar deberá determinarse a qué tipo de asociaciones se concede el carácter de partidos, luego regular su estructura y funcionamiento, el control a que debe estar sujeto, cuyos lineamientos fundamentales deben ser regulados por el constituyente. En segundo término se deberá definir qué materias deben incluirse en la Constitución y cuáles en la ley. Por último, una legislación sobre partidos debe tener en cuenta que integran un sistema político. Por ello, merecen especial atención otros elementos del mismo, como la legislación electoral y la forma de gobierno.

ii) Derecho constitucional comparado

El tratamiento de los partidos en las Constituciones de los países democráticos pone de manifiesto las siguientes tendencias:

- Ignorancia en el mundo anglosajón, sus Constituciones guardan un silencio total sobre la cuestión. Resulta muy ilustrativo recordar que en Gran Bretaña recién en 1969 una ley ha establecido que las boletas electorales deben mencionar la filiación partidaria de los candidatos. Es evidente que en estos países se ha preferido interferir lo menos posible en la vida de agrupaciones consideradas como propias de la sociedad. Lo mismo ocurre en naciones que aunque no forman parte de este grupo, han sido muy influenciadas por el constitucionalismo británico: Japón e Israel. Sin embargo, en los últimos años han aparecido varias normas de origen legal, consagradas al tratamiento de la problemática del financiamiento de partidos.

- Países donde se ha producido una inclinación hacia la racionalización del poder. Aparecen normas sobre partidos en Constituciones posteriores a 1919, como las de Uruguay, Brasil, Panamá, Guatemala, Cuba y en países de Europa Oriental, entre las que se destaca la Constitución checa por la originalidad de sus disposiciones. Luego de la segunda guerra mundial la mayoría de las Constituciones incorporan los partidos a sus textos.

El tratamiento de la cuestión es objeto de dos modalidades diferentes:

- Un grupo de Constituciones alude a los partidos de manera genérica, reconociendo su rol de intermediarios entre la sociedad y el Estado, de canalizadores de la opinión y estableciendo los principios de igualdad entre las agrupaciones, la libertad de afiliación y de publicidad de los actos partidarios. Inclusive algunas fijan ciertas reglas mínimas sobre funcionamiento interno democrático y financiamiento, dejándose para la ley la reglamentación de los asuntos particulares y de detalle. Entre los países que han elegido este camino podemos citar a Alemania, Francia, Italia y Perú.

- Otro grupo de Constituciones, en cambio, se ocupa de los partidos de manera detallada, dedicándoles un importante catálogo de disposiciones, dejando un espacio limitado a la actuación del legislador. Entre otros países han adoptado esta actitud, Colombia, Portugal, Suecia y Uruguay[14].

iii) Financiamiento de los partidos políticos

La combinación entre dinero y política, que de manera muy particular aparece ligada con el tema del financiamiento de los partidos, se ha convertido en uno de los puntos de mayor preocupación en las democracias modernas. Pulcini, en un minucioso y profundo trabajo dedica-

(14) SABSAY, DANIEL A., ob. cit.

do a nuestro tema, nos recuerda que "el financiamiento de los partidos, ha estado históricamente vinculado a las evoluciones políticas y tecnológicas de las sociedades antiguas y modernas. Los primeros sistemas electorales limitaron el derecho de sufragio a los propietarios de tierras o industrias, que contribuían con su impuesto a solventar los gastos de la burocracia estatal, debiendo reunir además la calidad de alfabetos"(15).

La financiación de los partidos comienza con la modalidad privada. Las primeras agrupaciones estaban formadas por figuras destacadas que contaban con importantes patrimonios para solventar la actividad de dichas agrupaciones; se trataba de los partidos de cuadros. Luego, con la aparición de los partidos de masas, vinculados a sindicatos, el financiamiento provendría de la afiliación y de la contribución compulsiva. Recién en la década del 50 surge la necesidad del financiamiento público a fin de concederles las mismas posibilidades a todos los miembros de la sociedad, de asociarse y crear partidos políticos de manera igualitaria. Este temperamento posibilitaría la vigencia del principio del derecho electoral que establece que toda persona debe ser igual a un voto.

La mayoría de los países democráticos presenta un régimen mixto de aportes públicos y privados, que varía enormemente de un lugar a otro y que plantea un gran número de alternativas. Las sumas destinadas al sostenimiento de los partidos fueron aumentando con el tiempo, ya que las necesidades de estas agrupaciones para hacer frente a tan variado número de actividades que llevan a cabo han aumentado notablemente. Sobretodo por la dimensión que han alcanzado las diferentes modalidades de la oferta electoral y de las campañas encaminadas al logro de puestos de gobierno. Desde el campo legislativo se busca evitar estos comportamientos a través de distintos tipos de medidas, de mecanismos orientados al control de la utilización de los aportes públicos y privados.

En primer lugar se establece la obligación de rendición de cuentas por la que se fija de antemano el destino que se le debe dar a los recursos, su depósito en cuentas especiales, se limitan los montos de gastos en función de diferentes parámetros, el tipo de personas que pueden realizarlos, etc. Estas medidas son numerosísimas y la legislación argentina ha incorporado muchas de ellas.

La dificultad mayor en este terreno no proviene de la elaboración de estas modalidades de limitación sino del control a implementar para que las mismas sean efectivamente observadas por sus destinatarios.

(15) PULCINI, J. R., *Partidos políticos. Régimen legal de su financiamiento desde una perspectiva nacional y comparada*, Revista del Colegio de Abogados de Río Cuarto, 1992.

iv) Los partidos políticos en el derecho público argentino

El primer párrafo del art. 38(16) introducido por la reforma de 1994 hace referencia a su naturaleza, expresando que *son instituciones fundamentales del sistema democrático.* Luego, establece los límites de su actuación cuando expresa que *"su creación y el ejercicio de sus actividades son libres dentro del respeto a esta Constitución, la que garantiza su organización y funcionamiento democráticos, la representación de las minorías, la competencia para la postulación de candidatos a cargos públicos electivos, el acceso a la información pública y la difusión de sus ideas".*

La palabra *"competencia"* en materia de presentación de candidatos puede prestarse a distintas interpretaciones. Dicha expresión puede ser entendida como una exigencia complementaria a la anterior, referida a la competencia interna, es decir la presencia de distintas líneas para la selección de autoridades y de candidatos. Un segundo análisis podría otorgarle a esta voz el significado de facultad o atribución conferida a los partidos políticos para la presentación de candidatos de manera monopólica y garantizada por la ley, de acuerdo a la disposición transcripta. Esta última interpretación se apoya en la evolución del derecho público provincial, el texto de la ley electoral nacional vigente y sobre todo, el art. 54 de la misma Ley Fundamental, que le concede dicha facultad con carácter exclusivo a los partidos para la presentación de candidatos a senadores nacionales.

La última parte del art. 38 consagra el derecho de libre acceso a la información pública y la difusión de sus ideas. Entendemos que la mención constitucional tiene que ver con acceso a la información y difusión de las ideas relacionado con la función específica de los partidos.

El tercer y cuarto párrafos se ocupan del financiamiento. Al respecto expresa que *"el Estado contribuye al sostenimiento económico de sus actividades y de la capacitación de sus dirigentes. Los partidos políticos deberán dar publicidad del origen y destino de sus fondos".*

De este modo se constitucionalizan dos principios ya consagrados desde larga data en nuestra legislación: el financiamiento público de los

(16) Artículo 38, CN: "Los partidos políticos son instituciones fundamentales del sistema democrático.

Su creación y el ejercicio de sus actividades son libres dentro del respeto a esta Constitución, la que garantiza su organización y funcionamiento democráticos, la representación de las minorías, la competencia para la postulación de candidatos a cargos públicos electivos, el acceso a la información publica y la difusión de sus ideas.

El Estado contribuye al sostenimiento económico de sus actividades y de la capacitación de sus dirigentes.

Los partidos políticos deberán dar publicidad del origen y destino de sus fondos y patrimonio".

partidos y la obligación de los mismos de rendir cuenta sobre el uso de las contribuciones que perciben. Ambas prescripciones son acertadas, el legislador deberá complementarlas incluyendo la temática del control. La ley que reglamenta la Constitución y funcionamiento de los partidos políticos en el orden nacional es la 23.298[17] del año 1985, previa a la reforma constitucional, pero que se encuentra vigente.

v) Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

La Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, en su art. 61[18], contempla a los partidos políticos en su calidad de personas jurídicas públicas no estatales. Luego de reconocer a los ciudadanos el derecho a asociarse en partidos políticos, formula sus funciones; y a continuación, repite lo expresado en la segunda parte del art. 38 CN.

No queda claro si la competencia de los partidos para postular candidatos tiene carácter monopólico o no. Los dos últimos párrafos del artículo se pronuncian a favor del financiamiento público, crea un fondo especial y luego indica la prioridad de la capacitación a que deben ser destinados dichos fondos. Se habla igualmente de límites de gastos en materia e campañas, pero nada se dice sobre el órgano de control y los procedimientos a través de los cuales se llevará a cabo la fiscalización del efectivo cumplimiento de estas normas.

La Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires ha sancionado la ley 268/99[19], regulando las campañas electorales, las que no podrán iniciarse hasta 60 días antes de la fecha fijada para la elección, ni extenderse durante las 48 hs previas a la iniciación del comicio. Respecto de la cuestión de los gastos de campaña, cada lista oficializada podrá realizar gastos de campaña que no superen los 0,40$ por cada elector empadronado para votar en la elección, ya se trate de elección a una o dos vueltas. El aporte público para la campaña se prevé en un máximo de 0,50 $ para cada categoría por voto obtenido en la última elección. La Auditoría General de la Ciudad es la encargada del control de los ingresos y egresos efectuados con motivo de la campaña y tiene la obligación de dar a publicidad un informe en el Boletín Oficial de la Ciudad de Buenos Aires.

(17) Ley Orgánica de los Partidos Políticos, B.O. 1985/10/25.

(18) Artículo 61, CCABA: "La ciudadanía tiene derecho a asociarse en partidos políticos, que son canales de expresión de voluntad popular e instrumentos de participación, formulación de la política e integración de gobierno. Se garantiza su libre creación y su organización democrática, la representación interna de las minorías, su competencia para postular candidatos, el acceso a la información y la difusión de sus ideas.

La Ciudad contribuye a su sostenimiento mediante un fondo partidario permanente. Los partidos políticos destinan parte de los fondos públicos que reciben a actividades de capacitación e investigación. Deben dar a publicidad el origen y destino de sus fondos y su patrimonio.

La ley establece los límites de gasto y duración de las campañas electorales. Durante el desarrollo de estas el gobierno se abstiene de realizar propaganda institucional que tienda a inducir el voto".

(19) Ley 268, B.O.C.B.A. N° 837 del 1999/12/11, modificada por ley 1191, B.O.C.B.A. N° 1837 del 2003/12/12.

vi) Constituciones provinciales

Todas las Constituciones provinciales reformadas a partir de 1986 se ocupan de los partidos políticos. En general, tratan la cuestión de manera genérica. Ante todo se habla del derecho de todo ciudadano de asociarse a los partidos políticos. El apoyo del Estado en materia de financiamiento ha sido contemplado en varias de las nuevas cartas. Asimismo se prevé el acceso igualitario a los medios de comunicación, entre otras cuestiones.

La Constitución de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, contiene en su art. 27[20] en el Capítulo de los Derechos Políticos una regulación comprensiva de requisitos sustanciales y alguna previsión respecto del tema del financiamiento. La formación de los partidos políticos se regula como un derecho político de los ciudadanos, y se menciona con fuerza el requisito de su conformación democrática. El tema del control aparece como una garantía del Estado provincial si bien se deja librado a una ley posterior. Se le aseguran a los partidos el acceso a los medios de difusión como una forma de garantizar la expresión de sus ideas y opiniones.

Las Constituciones de Córdoba, La Rioja, Salta y Río Negro consagran la pertenencia de las bancas legislativas a los partidos, y el monopolio para proponer candidaturas. La combinación de estas dos instituciones puede provocar un serio problema en materia de representación. Ello, en razón de que por este doble camino se acentúa el papel decisorio de las élites partidarias, en desmedro de la participación tanto del electorado en su conjunto como de la masa de afiliados con que cuenta cada agrupación.

(20) Art. 27, CTF: "Todos los ciudadanos tienen derecho a agruparse libremente en partidos políticos democráticos y pluralistas. El Estado Provincial reconoce y garantiza la existencia y personería jurídica de aquellos que sustenten y respeten los principios republicanos, representativos y democráticos, establecidos en las Constituciones Nacional y Provincial. Son orientadores de la opinión pública y contribuyen a la formación de la voluntad política del pueblo. La ley establece el régimen de los partidos políticos que actúan en la Provincia y garantiza su libre creación, organización democrática y pluralista y la rendición de cuentas sobre el origen y destino de sus fondos. Asegura la libre difusión de sus ideas y un igualitario acceso a los medios de comunicación".

vii) Control sobre los partidos políticos

La democracia tiende a la libertad, en sus distintas vertientes, como una de sus piedras basales y en ese contexto debe propender a la madurez de los ciudadanos actores de ese inestimable juego. Toda forma de control, que invocando la defensa de la democracia, impida que una asociación pueda convertirse en partido, importa una grave contradicción con ese principio. Además, seguramente lejos de "desactivar" de ese modo el desarrollo del "partido antisistema", se fomentará su crecimiento desde la clandestinidad y sin que éste tenga que afrontar directamente las reglas que imponen el pluralismo y la participación en los poderes del Estado o desde la oposición legalizada. Sin embargo, es comprensible que como excepción se impida la existencia como partidos de aquellos grupos que en su plataforma o declaración de principios violan de manera manifiesta principios fundamentales consagrados en la Constitución y en los tratados[21].

La autoridad de aplicación de la ley sobre partidos políticos deberá actuar como un órgano independiente, conforme a los principios de igualdad y publicidad y estar sujeta a un procedimiento donde se contemplen recursos y garantías que hagan a la total transparencia de sus actuaciones. Asimismo, deberá contar con todos los medios técnicos modernos susceptibles de facilitarle sus tareas de fiscalización. Deberá implementarse alguna forma de control ciudadano, tanto respecto al funcionamiento interno de los partidos como al financiamiento.

Se deberán instrumentar métodos eficaces de control del patrimonio y del financiamiento de los partidos, a fin de que la corrupción no se traslade luego al sistema político en general.

3. PARTICIPACIÓN - FORMAS SEMIDIRECTAS DE DEMOCRACIA

El tránsito desde una democracia representativa hacia una de tipo participativo constituye uno de los fenómenos más característicos de la evolución del constitucionalismo. La primera etapa de este movimiento se caracterizó por una clara separación entre las esferas de los gobernantes y de los gobernados. En efecto, estos últimos sólo intervenían en el ámbito del poder público, a través del sufragio, a fin de instituir a quienes debían integrar los órganos políticos del Estado. De esta manera se concretaba uno de los momentos clave de la vida de un Estado de Derecho, cual es el pronunciamiento del electorado por medio del voto a fin de legitimar el acceso de sus autoridades a los cargos gubernamentales. El transcurso del tiempo iría poniendo de manifiesto que esta visión pecaba por defecto y de ahí en más se irían creando nuevos espacios para la participación de los gobernados en la gestión de intereses públicos.

(21) La Corte Suprema en "Partido Nuevo Triunfo", LA LEY 2009-B, 688, Fallos: *332:433, sostuvo que la decisión de negar reconocimiento político a una agrupación que* se basa en el desconocimiento de los derechos más esenciales de ciertos grupos de personas o de minorías y en la superioridad de una raza, que promueven diferencias en razón del color, origen, religión, orientación sexual, etc., por entender que todas estas actitudes consideradas en forma conjunta revelan una práctica discriminatoria prohibida, no hace otra cosa que respetar estrictamente el mandato de la ley nacional e internacional.

La primera apertura se da ya en el siglo XIX y consiste en la institucionalización del sufragio para decidir que se concreta a través de distintos institutos, todos los cuales integran las denominadas formas de democracia semidirecta. Claro que para aquel entonces la vigencia de estas herramientas que hacen pensar en la democracia directa, sólo funcionaban en muy pocos lugares; destacándose el caso de Suiza en donde como recuerda Spota existían antecedentes desde hacía mucho tiempo. En todos los mecanismos de democracia semidirecta se solicita la intervención del electorado para que se pronuncie sobre cuestiones de diversa índole en sustitución de sus gobernantes. Estas situaciones en muchos sistemas pueden ser suscitadas directamente por los ciudadanos. Pero con el tiempo a las formas semidirectas de democracia se le han ido agregando otras modalidades de participación.

Las nuevas modalidades a que estamos haciendo referencia, transforman a la participación popular, haciendo de ella una nota inserta en la rutina de la toma de las decisiones en el marco de la democracia. De esta manera la intervención directa de los gobernados cumple un importante papel en la gestación, en la toma, en la aplicación y en el control de las decisiones, como así también en la asunción de las responsabilidades que puedan surgir como consecuencia del comportamiento de los gobernantes.

El presente análisis comienza con una breve descripción de la participación como fenómeno jurídico-político, para luego analizar el marco constitucional nacional, poniendo particular énfasis en las modificaciones introducidas por la última reforma ocurrida en 1994. Más adelante se observa el derecho público provincial y municipal ya que las normas existentes en estos niveles de gobierno prevén instituciones más avanzadas que las nacionales. Una observación particular se le otorga al sistema participativo previsto en la Constitueión de la Ciudad de Buenos Aires. Por último se expresan algunas conclusiones.

a) La participación

La gobernabilidad es la condición necesaria que debe imperar en el interior de una comunidad políticamente organizada para que las de-

cisiones sean acatadas y a su vez se logre una administración eficaz de los intereses generales. El cumplimiento por parte de la mayoría de los miembros de una comunidad de una regla de comportamiento socialmente aceptada, reposa en el convencimiento de su legitimidad y de que su aplicación redundará en algún tipo de beneficio para la sociedad. Para que todo esto sea posible deben organizarse canales institucionales aptos para que las personas puedan manifestarse, esto es la participación. La vida democrática moderna requiere de una intervención cada vez más activa de la población. Es necesaria la participación de los miembros de la comunidad en forma permanente. La idea de que los gobernados sólo actúan cuando se trata de elegir y luego son gobernados por otros, sin que exista posibilidad alguna de interactuar, ha quedado agotada. Ahora, al concepto de democracia representativa se le agrega el aspecto de participativa.

La participación transforma al sistema democrático, le da otro dinamismo. Le concede un canal de relación permanente entre gobernantes y gobernados. La actuación conjunta permite que las decisiones sean más razonadas, que sean el producto de un mayor consenso, que se conozcan mejor los problemas que aquejan a una sociedad y que se busquen de manera mancomunada las posibles soluciones. La participación permite que se transparente la actuación del gobierno, evitándose de manera efectiva gran parte de los comportamientos corruptos. Asimismo, ante la aparición de conductas reprochables se facilita la asunción de responsabilidades y eventualmente la aplicación de sanciones(22).

Así ocurre, por ejemplo en materia ambiental, campo que desde la perspectiva del desarrollo sustentable, trasciende el ámbito de un área específica para transformarse en una cuestión de tipo transversal, es *decir contenida en toda decisión que de alguna manera comprometa la* calidad de vida de una comunidad. Este fenómeno que parece de fácil explicación y de rápida comprensión, sin embargo demanda enormes esfuerzos para poder ser puesto en práctica. Su aplicación obliga a un trabajo conjunto de los gobiernos y las sociedades y dentro de estas de los distintos sectores que las componen, a efecto de corregir errores, cambiar actividades, ajustar procederes. Todo esto no surgirá por generación espontánea, sino que demandará concesiones y revisiones de parte de todos los sectores involucrados en los distintos procesos de producción, de creación, de educación, de consumo, etc.

En definitiva, para encontrar consensos se debe buscar el modo de compartir el tratamiento de estas cuestiones. Para poder hacerlo se de-

(22) SABSAY, DANIEL A. y TARAK, PEDRO, *La participación vecinal y la gestión del medio ambiente*, FARN, 1995.

ben concretar los canales de participación más adecuados a esos efectos. La materia ambiental y la gestión de los recursos naturales han permitido, a lo largo de las últimas décadas, una cada vez más importante presencia ciudadana en todas las decisiones que atañen a estas dos cuestiones. La legislación y las prácticas de las democracias más desarrolladas así lo demuestran. Esta ha sido posible gracias a un rol muy activo de la sociedad civil, liderado en gran parte por organizaciones no gubernamentales. Asimismo se ha producido a través de ciertos mecanismos como las audiencias públicas y la administración coparticipada, entre muchos otros, que han procurado la creación de espacios propicios para la concreción de distintos tipos de participación.

La participación comprende distintos canales de actuación que las democracias consolidadas les reconocen a sus habitantes. Se puede participar de distintas maneras y con diferentes efectos jurídicos. Por una parte, existen las formas de democracia semidirecta, iniciativa popular, plebiscito, referéndum, revocatoria, etc., que son las primeras que aparecen en el tiempo y que tienen como característica común la sustitución del órgano o poder encargado normalmente de tomar la respectiva decisión. Por otra parte, encontramos modalidades que se ubican en las etapas de consulta, de ejecución y/o de control de las decisiones. A diferencia de las primeras no sustituyen a la institución gubernamental, pero acompañan al proceso de formación de su voluntad en alguno de los mencionados momentos.

b) Constitución Nacional

La Constitución Nacional sancionada en 1853, como típico exponente de Ley Fundamental decimonónica, o sea fiel a los postulados del constitucionalismo clásico, establecía una democracia —sin nombrarla, pues utilizaba el término república— de corte exclusivamente representativo. Así, el art. 22, determina que *"el pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución"*. Esta disposición fue interpretada, por la doctrina y por la jurisprudencia, como contraria a la posibilidad de que los ciudadanos pudiesen sustituir a las autoridades en la toma de las decisiones gubernamentales.

A fines de 1984, el Poder Ejecutivo convocó a la ciudadanía a una consulta popular no vinculante destinada a conocer su opinión sobre el Tratado de Paz y Amistad con Chile que pondría punto final a la disputa *que se había suscitado entre los dos países en relación con la soberanía* sobre el canal de Beagle, situación que exigía una definición en materia de límites. La consulta antecedía el pronunciamiento del Congreso de la Nación en relación con la aprobación de dicho tratado que ya había sido

firmado por el primer mandatario. Se trataba de una novedosa experiencia que generó divergencias sobre su constitucionalidad. Sin embargo, la tendencia mayoritaria la consideró viable, ya que por tratarse de un instrumento que no obligaba al decisor, lejos de oponerse al texto de la Ley Fundamental, constituía el ejercicio de un derecho implícito por aplicación del art. 33 CN. Así la cosas, el acto tuvo lugar y hoy en día constituye un punto de referencia que lo coloca como el inicio de un proceso hacia la puesta en funcionamiento de una democracia participativa.

c) La reforma del '94

La reforma constitucional de 1994 marca una verdadera transformación en la evolución del derecho público nacional en la materia. En el fenómeno han incidido de manera preponderante el derecho público provincial, de conformidad con lo que se comenta en el próximo capítulo, y por supuesto, los modelos del derecho comparado. Estas modificaciones integran un abanico de contenidos dogmáticos que giran, principalmente en torno a la incorporación de un nuevo capítulo a la parte dogmática —nuevos derechos y garantías— y a la incorporación de los tratados internacionales con jerarquía constitucional.

Una serie de artículos ingresados con la reforma, tienden básicamente a modificar y aumentar el plexo de derechos, libertades y garantías individuales. Este acrecimiento se visualiza no sólo a través de artículos que explicitan o expresan muchos de los que eran considerados derechos implícitos con base en el artículo 33 de la CN sino también por la norma del artículo 75 inc. 22, que como ya se ha visto en el capítulo precedente, les confiere jerarquía constitucional a once instrumentos internacionales en materia precisamente de derechos humanos.

A lo apuntado es importante agregar que dentro del citado capítulo se institucionalizan, por primera vez en la Constitución Nacional, las formas de democracia semidirectas. Las nuevas cláusulas constitucionales receptan dos modalidades de esta naturaleza, que producen modificaciones en el principio establecido en el artículo 22, ya que admiten la participación popular en la adopción de decisiones. Se introducen dos modalidades, la iniciativa popular para la presentación de proyectos legislativos ante el Congreso y la consulta popular, instrumento con que el primer mandatario o el Congreso —vía la Cámara de Diputados— podrán compulsar el estado de la opinión pública en relación con cierto tipo de materias (arts 39 y 40 CN). El constituyente nacional ha sido mucho más tímido que el provincial en el tratamiento de esta cuestión, pero no se puede dejar de desconocer que en relación con la situación imperante con anterioridad, se ha producido un importante salto cualitativo.

La Constitución en su actual redacción presenta como canales de participación y control ciudadanos los institutos que acabamos de aludir y cuatro garantías, dos de las cuales ya existían con anterioridad —el amparo individual y el hábeas corpus— aunque ahora se les ha dado una extensión mayor, a las que se suman dos nuevos instrumentos: el hábeas data y el amparo colectivo. Estas dos últimas han sido tomadas del derecho provincial, pues la mayor parte de las Constituciones de provincia ya las habían adoptado.

En consecuencia, tanto los institutos de los arts. 39 y 40 CN, como el amparo colectivo constituyen genuinas formas de participación. Las formas de democracia semidirectas, como especifica la Constitución en su respectivo texto, requieren de la sanción de una ley del Congreso para ser operativas.

i) Iniciativa popular

Así la ley 24.747[23] reglamentó la iniciativa popular. Las modalidades que presenta esta norma, si bien no transgreden el texto constitucional, dificultan en gran medida la posibilidad de una participación ciudadana más o menos asidua. Para lograr que un proyecto de ley presentado por los ciudadanos llegue a los legisladores deben darse una serie de requisitos, entre ellos:

1. La iniciativa requiere de la firma de un número de ciudadanos que no sea inferior al 1,5% del padrón electoral de la última elección para diputados y a través de las mismas deberán estar representados por lo menos seis distritos electorales (art. 4°). De conformidad con las cifras que hoy muestran los padrones electorales, esta exigencia redunda en alrededor de 350.000 firmas. El número puede llegar a ser inferior cuando la materia objeto de la iniciativa sea de alcance regional en cuyo caso sólo se tendrán en cuenta a las provincias que integran dicha región. Este requisito no es de fácil satisfacción, sobre todo si tenemos en cuenta que estamos frente a una modalidad *ante legem* y que los temas excluidos son los de mayor interés de la ciudadanía.

2. La Justicia Nacional Electoral es la encargada de verificar la autenticidad de las firmas en un muestreo no inferior al 0,5% de las que se hubieren presentado. El proyecto debe ser desestimado cuando se compruebe la falsedad de por lo menos el 5% de las firmas.

(23) Ley de Iniciativa Legislativa Popular, B.O.: 1996/12/24.

3. También se exige que la iniciativa sea presentada por escrito y que sea redactada en forma de ley y en términos claros.

4. Los promotores deben indicar su identidad y domicilio y dejar constancia de los gastos que insumirá la iniciativa y el origen de los recursos destinados a hacer frente a los mismos.

Estas nuevas exigencias si bien parecen razonables, en el marco de un exponente tan restringido de participación no pueden sino dificultar aún más su utilización. Además, en lugar de exigir que se redacte un proyecto de norma se podría haber dado lugar a la presentación de un documento que contenga las líneas sustanciales de la ley cuya sanción se persigue. La iniciativa será luego objeto del correspondiente trámite parlamentario y por lo tanto merecerá las consideraciones de técnica legislativa que se impongan. Lo relativo a la determinación del monto de gastos y la indicación de la partida correspondiente de recursos también creemos que representa otra cortapisa difícil de efectuar para quienes no integran alguno de los poderes del Estado. Se trata en todos los casos de requisitos que tornan dificultoso y oneroso el procedimiento encaminado a la presentación del proyecto. Por último, es acertada la posibilidad de que los promotores participen de las reuniones de comisión con voz de acuerdo con la reglamentación que fijen las mismas (art. 5°, inc. c). Este temperamento acrecienta las características participativas del instituto y asimismo le imprime el carácter de control alternativo e impulsor de cada iniciativa que quede radicada en la Cámara.

Al igual que el texto constitucional en que se apoya, la norma que se comenta incurre en una omisión al no precisar qué ocurre —o mejor dicho qué sanción cabe—, cuando el proyecto no es tratado dentro de los doce meses a contar desde su presentación (art. 11). Si bien hemos de tener presente que el instituto no garantiza la sanción, sino el tratamiento del proyecto de la misma forma que ocurre con cualquier proyecto presentado por un miembro del Congreso o por el presidente de la Nación.

En el derecho público provincial, encontramos la siguiente cláusula de la Constitución riojana, art. 83, *in fine*: "*La Cámara de Diputados está obligada a considerar el proyecto. Cuando lo rechace o lo reforme sustancialmente, la iniciativa deberá someterse a consulta popular. Si el proyecto no es tratado en el término de tres meses, el mismo quedará aprobado*". Es cierto que la última parte del artículo se opone a lo establecido en el art. 82 CN, pero de todas maneras las restantes prescripciones nos parecen muy útiles para impulsar la acción del Congreso en el tratamiento a tiempo de la iniciativa. Por su parte la Constitución del Chubut, dispone un plazo de 6 meses a partir de la presentación (art. 263).

En el derecho comparado la mayoría de las leyes fundamentales que han optado por consagrar este instituto han determinado lapsos de tiempo más abreviados. Tal el caso de la Constitución peruana de 1993 (art. 31 y su ley reglamentaria 26.300, art. 11), la que establece que el proyecto debe ser votado por el Congreso en los 120 días calendarios siguientes.

ii) Consulta popular

El art. 40 CN, ya citado, contempla la figura de la consulta popular, en sus dos modalidades, vinculante o no vinculante. En el primer caso es el Congreso, a iniciativa de la Cámara de Diputados, el único órgano habilitado para someter a consulta popular un proyecto de ley. Efectuada la consulta, si el voto resulta afirmativo el proyecto que ha sido objeto de ella se convierte automáticamente en ley. En realidad se trata del clásico referéndum legislativo.

En el segundo caso —consulta no vinculante—, la facultad de convocatoria le cabe tanto al Congreso como al presidente de la Nación, pero el electorado a través de su voto sólo opina no reemplaza al decisor, tal como se ha visto que ocurre en el otro tipo de consulta. Estas modalidades han sido reglamentadas por ley del Congreso 25.432 del año 2001[24]. Su art. 1°, referido a la consulta vinculante, exceptúa de este mecanismo a aquellos proyectos legislativos cuya sanción tiene un régimen especial en la Constitución, ya sea por la Cámara de origen o la exigencia de mayoría calificada para su aprobación. Para que la consulta vinculante sea válida se requiere el voto de por lo menos el 35% de los electores, al ser vinculante es obligatorio el voto. El triunfo del sí convierte al proyecto en ley y si el resultado fuera negativo el proyecto no puede ser tratado ni sometido a consulta por el término de dos años.

En cuanto a la consulta no vinculante, la convocatoria puede provenir de cualquiera de los dos poderes políticos no es obligatoria la concurrencia al acto eleccionario y están excluidas las mismas cuestiones que en la consulta vinculante.

d) La cuestión en la Ciudad de Buenos Aires

La Ciudad de Buenos Aires adquiere un status institucional de plena autonomía, de conformidad con los lineamientos contenidos en el art. 129 CN reformada en 1994. Su institucionalización plena requiere de un proceso, en cuyas etapas se prevé la sanción de su Constitución y leyes constitucionales. En octubre de 1996 se sanciona la Constitución porteña, en ella se reconoce un amplio abanico de instrumentos propios

(24) B.O. 2001/05/23.

de una democracia participativa. Las formas semidirectas de democracia aparecen en los arts. 64 a 67 y con la audiencia pública del art. 63 se institucionaliza el principal instituto de tipo consultivo sin efecto vinculante directo.

Como otra manifestación propia de la democracia participativa la Constitución contempla a través de una suerte de acción popular la defensa de los derechos de incidencia colectiva (art. 14). Se trata de un acceso amplio a la justicia con independencia de la lesión de intereses legítimos o de derechos subjetivos.

Es de destacar que el título en examen encuentra antecedentes en las Constituciones europeas de posguerra, en la evolución del constitucionalismo provincial, en la letra de las cartas orgánicas de los municipios con autonomía plena y en la reforma de la Constitución Nacional de 1994 (arts. 39 y 40). Claro que respecto de esta última es notoria la profundización de la participación ciudadana que importa el articulado de la Constitución local respecto de la nacional. Ello, surge tanto de la apreciación general como del análisis en particular de cada artículo. En tal sentido, podemos considerar que en la CCABA se multiplican las formas semidirectas y que a diferencia de la Carta Magna nacional, la de la ciudad le da expreso reconocimiento a las audiencias públicas.

i) Audiencia pública

Con la expresión audiencia pública designamos una institución cuyo objetivo es lograr que la gente, los vecinos o los ciudadanos de un determinado lugar se involucren de forma protagónica en aquellas decisiones susceptibles de afectarlas directa e indirectamente. Se trata de oportunidades de encuentro entre ciudadanos —individuos o grupos— y quienes tienen la responsabilidad de tomar las decisiones. Las decisiones pueden ser de tipo legislativo o administrativo, en función del órgano encargado de tomarlas, el que será también quien las convoque. La audiencia pública trata de sacar a los gobernados de la pasividad, invitándolos a asumir responsabilidades, a desempeñar un papel activo (búsqueda de información, preparación de una presentación, o de un documento escrito, de videos, planos, etc), que ayuda a compatibilizar posiciones adversas y al mejor conocimiento recíproco entre distintos sectores de la sociedad, que aporta otra forma de conocimiento a los decisores, al gobernante que tiene que tomar la decisión.

Para ayudar a entender el modo como se viene incorporando la audiencia al derecho argentino, nos parece útil reproducir la siguiente definición contenida en la ley orgánica de Municipios de la provincia de Córdoba, cuyo art. 175 expresa que "*la audiencia pública es una forma de participación a través de la cual los ciudadanos proponen a la administración municipal la adopción de determinadas medidas para satisfacer sus necesidades vecinales o reciben de éstas información de las actuaciones político-administrativas que se realizan en forma verbal, en un solo acto, y a cuyo desarrollo pueden asistir los ciudadanos. La audiencia podrá ser solicitada por ciudadanos, por entidades representativas o a instancia del intendente*". De esta cláusula se desprenden los elementos de la institución.

El art. 63 de la Constitución de la Ciudad dispone en primer lugar quienes pueden convocarlas. Se trata de los órganos políticos de la ciudad o de las comunas. Esto es importante reiterarlo, porque uno de los errores que existen respecto de la audiencia es la de que puede ser convocada por cualquier persona o entidad intermedia. Esto no es así, la audiencia siempre la convoca la autoridad que tiene que tomar una decisión, aunque en algunas legislaciones está previsto que lo sea a pedido de la ciudadanía como en el caso de la CABA, pero la gente la solicita y la autoridad la convoca. La normativa de la Ciudad establece la obligatoriedad de la convocatoria cuando se trata de proyectos legislativos relativos a determinadas materias que se enumeran expresamente. También son obligatorias como una etapa del proceso de doble lectura legislativa que contemplan los arts. 90 y 120, ya en materia de designaciones, obliga a la legislatura, a través de la comisión pertinente a celebrar una audiencia pública para considerar los candidatos a magistrados de los tribunales de la Ciudad. Por último, también será obligatoria su convocatoria, a requisitoria ciudadana cuando la iniciativa cuente con la firma del porcentaje del electorado que el artículo establece.

La ley Nº 6 reglamenta el instituto con claridad y suficiente amplitud como para posibilitar su efectiva celebración. Esta ley ha sido modificada en aquellos puntos en que la práctica demostró su necesidad y su texto ha servido de fuente para diversas Constituciones provinciales y cartas municipales de nuestro país. Los arts. 64 a 67 de la CCABA incorporan la iniciativa legislativa, el referéndum, la consulta popular y la revocatoria.

ii) Iniciativa legislativa

El art. 64 se ocupa de la iniciativa popular que les permite a los ciudadanos presentar proyectos de ley ante la Legislatura, quien a su vez está obligada a tratarlos. Por este motivo el art. 85 reconoce a la iniciativa popular como una de las modalidades susceptibles de dar origen al tratamiento y sanción de leyes en la Legislatura. La iniciativa popular puede conceptualizarse como un derecho del pueblo tendiente a promover y proponer medidas de gobierno en general. La finalidad de esta forma semidirecta consiste en poner en marcha la actividad del órgano

legislativo o administrador, según el caso, no constituyendo un acto de decisión en si misma. La iniciativa acentúa la participación de los ciudadanos en la política, y además, posibilita que los órganos representativos del pueblo constituyan un fiel reflejo del mismo[25]. La Legislatura de la ciudad por la ley reglamentaria 40[26] ha hecho operativo este instituto.

Las materias excluidas de la iniciativa coinciden también con las de la Constitución Nacional, a excepción de las del área penal por cuanto al haber sido delegado en la Nación, no es de la competencia de sus Legislaturas. El constituyente ha querido evitar las interpretaciones forzadas a que ha dado lugar el art. 40 CN. Recordemos que se han presentado proyectos que habilitan este procedimiento para iniciar la reforma constitucional y de este modo sustituir el primer paso establecido en el art. 30 que obliga a la declaración de la necesidad de la reforma con mayoría calificada de miembros. De la interpretación conjunta de los arts. 65 y 66 de la CCABA queda bien claro que la reforma constitucional queda circunscripta al procedimiento especial que la misma establece; y que las formas de democracia semidirectas no pueden sustituir en ningún caso a este procedimiento especial.

iii) Referéndum

Es una de las formas de democracia semidirecta más conocidas. Se trata del instituto a través del cual el electorado se pronuncia sobre un acto de contenido legislativo. El art. 65 con buen tino precisa que el procedimiento puede estar encaminado a la sanción de una nueva norma o a la modificación o derogación de una ya existente. A diferencia de la terminología utilizada por el constituyente nacional en el art. 40, 1º párrafo —allí se habla de consulta popular—, la presente Constitución habla de referéndum que es el término adecuado. Las consultas populares son el género, en la medida que dicha voz alude a toda modalidad encaminada a posibilitar el pronunciamiento de la ciudadanía sobre un tema de naturaleza pública. Pero, como podemos apreciar peca de una excesiva generalidad. Tampoco se ha empleado el término plebiscito. En doctrina la diferencia entre referéndum y plebiscito tiene que ver con la naturaleza de la cuestión sometida a decisión popular. En el primer caso, como ya se ha visto debe ser de tipo legislativo o normativo, en el segundo se trata de una materia de naturaleza esencialmente política. El plebiscito no es reconocido por el ideario democrático, pues su simple alusión nos remonta a episodios negativos del accionar de dictadores. Este tipo

(25) LOSA, NÉSTOR, *Elementos de Derecho Público Provincial y Municipal*, Buenos Aires, GEEMA, Colección De Iure.

(26) Ley 40 de Procedimiento de Iniciativa Popular, B.O.C.B.A. 1998/06/25.

de institutos tiende a personalizar las cuestiones y a poner al electorado ante la necesidad de adherir al deseo del tirano sin que exista alternativa válida alguna al acto que él desea hacer legitimar apelando al pronunciamiento de la voluntad popular. Muchas veces este mecanismo gira en torno a la aprobación del accionar del gobernante o a asegurarle una duración ilimitada en el ejercicio del poder.

Sin embargo, no nos engañamos sobre el carácter equívoco que tiene y ha tenido la utilización de estos dos términos. Por aproximación, se acostumbra afirmar que mientras el referéndum tiene un contenido predominantemente legislativo o normativo en general, el plebiscito asume un carácter netamente político. Sin embargo, salta a la vista que numerosas cuestiones políticas pueden estar revestidas de formas normativas, con lo que aquello que aparenta ser un referéndum se transforma en la imagen de un plebiscito (así ocurrió por ejemplo, con la última consulta convocada por el presidente De Gaulle en 1969, que le fue adversa). Muchas veces la aprobación de una Constitución (decisión jurídica) envuelve la decisión sobre la forma de gobierno (república o monarquía), y entonces se trata de un pronunciamiento popular sobre una decisión política fundamental[27].

En el caso que se analiza el redactor ha querido precisar que se está frente a un acto obligatorio y vinculante, caracteres propios y esenciales de la figura que estamos tratando. Es obligatorio y por ello el sufragio popular a través del cual se deberá materializar en los hechos, también lo será. Es vinculante pues el veredicto que surja de las urnas, luego de efectuado el correspondiente escrutinio, obliga a la Legislatura. Normalmente la Legislatura es el único órgano habilitado para convocar a la ciudadanía a referéndum, lo debe hacer por medio de una ley que no puede ser objeto de veto.

En lo relativo a las materias vedadas, a las previstas en el artículo anterior se suman los tratados ínter jurisdiccionales y los asuntos que requieran mayorías especiales. En esta última situación se encuentra un número muy elevado de cuestiones. En relación con los tratados con otras jurisdicciones, pensamos que se ha empleado por extensión el mismo criterio relativo a los tratados internacionales del artículo anterior. Es decir que se ha querido mantener en la esfera exclusiva de los órganos representativos el tratamiento de cuestiones que comprometen a más de una voluntad institucional. El referéndum ha sido reglamentado juntamente con la consulta popular no vinculante por la ley 89/98 de la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires[28].

(27) VANOSSI, JORGE R., *La Reforma de la Constitución*, Emecé, 1988.

(28) B.O.C.B.A. 1998/12/03.

iv) Consulta popular

La característica preponderante de esta modalidad es el efecto no vinculante de la decisión tomada por el electorado en este tipo de forma de democracia semidirecta. Tal la característica que la diferencia del referéndum del artículo anterior. Asimismo el carácter no obligatorio que torna en facultativo el sufragio del electorado constituye otro rasgo diferenciador. En este caso se amplían los habilitados a realizar la convocatoria, la que puede ser efectuada por los dos poderes políticos e inclusive se prevé su realización en el interior de las futuras comunas.

En lo que hace a materias se exceptúan las mismas que contempla el *referéndum, salvo las cuestiones tributarias. Creemos, que en la inclu*sión de esta temática debe haber pesado la decisión tomada en mayo de 1996 por el intendente de Mar del Plata de someter a consulta popular el aumento de los impuestos municipales. Contra lo que se podría pensar triunfó el voto afirmativo y la experiencia resultó muy aleccionadora sobre nuevas modalidades para la toma de decisiones respecto de las cuales es necesario el claro consenso de la ciudadanía, si bien es necesario aclarar que la consulta fue efectuada por el ejecutivo cuando la temática es de competencia del legislativo por tratarse de un tema tributario. Insistimos en que el mecanismo jurídico estuvo viciado ya que el ejecutivo consultó sobre un tema de competencia del legislativo, pero no podemos dejar de reconocer que tuvo en la práctica un resultado favorable.

v) Revocatoria

Es el procedimiento a través del cual un funcionario es removido de su cargo por decisión del electorado que lo ha designado antes de la finalización del término de su mandato. Haro nos recuerda que la revocatoria o *recall* se ha desarrollado fundamentalmente en los Estados Unidos de América. Durante el siglo XIX notamos una ausencia de regulación legislativa, hasta que en 1903 aparece incorporado a la carta municipal de la ciudad de Los Angeles. Este antecedente es seguido luego por numerosas ciudades, principalmente en aquellas en que se establecieron formas de gobierno comunal con una acentuada concentración de poderes como eran los gobiernos por comisión y por gerentes. Bien pronto el *recall* va conquistando apoyo y fervor, trascendiendo el plano municipal para incorporarse al estadual. Oregón es el primer estado que realiza esta promoción, incorporándolo a su Constitución de 1908. California lo establece en su Constitución de 1911 y sucesivamente adoptan igual criterio Texas, Idaho, Kansas, Nevada, Colorado, Michigan, Luisiana y la mayoría de los estados del oeste. Más adelante nuestro autor citando a Esmein expresa que los partidarios del *recall* lo fundamentan en la aplicación a

las funciones públicas de los principios que rigen la buena marcha de un negocio. Es así, como el empleador puede en todo momento despedir a un empleado por razones de incapacidad o deshonestidad[29].

La institución no fue incorporada en la CN si bien encuentra antecedentes en el derecho público provincial y municipal, donde a título de *ejemplo podemos citar la Constitución de la Provincia de Tierra del Fue*go, Antártica e Islas del Atlántico Sur, en cuyo art. 209, hace pasibles de revocatoria a todos los funcionarios electivos. Por lo tanto, será aplicable al Gobernador, al Vicegobernador, a los legisladores y a los titulares por sufragio de los órganos previstos para las comunas. Luego establece como requisito para su admisibilidad que el funcionario haya cumplido un año en el ejercicio de sus funciones o que queden menos de seis meses para la expiración de su mandato. Por último, se exige la fundamentación de causa que tenga que ver con el desempeño del funcionario en cuestión y la presentación de la iniciativa por el mínimo de firmas que contempla el primer párrafo del artículo. El proceso culmina con la *celebración de un referéndum en el* que el electorado se pronunciará por la continuidad o no del afectado en el ejercicio de sus funciones. Dado el efecto vinculante de dicho procedimiento si el resultado fuere favorable a la destitución, el funcionario en cuestión quedará removido automáticamente de su cargo. La convocatoria la hace el tribunal Superior en un plazo de noventa días de comprobada la concurrencia de los extremos mencionados. Esta herramienta se agrega a los procedimientos existentes para la remoción de los funcionarios pasibles de ser objeto del mismo *y se encuentra reglamentado por la ley 357*[30] *de la Legislatura de la Ciu*dad de Buenos Aires.

e) Derecho público provincial y municipal

Nos parece importante destacar que no obstante el panorama que presentaba el derecho constitucional nacional antes de la reforma de 1994 en materia de participación, la situación era bien distinta en el ámbito del derecho público provincial. En efecto, en las Constituciones provinciales aparecieron desde tiempos tempranos formas de democracia *semidirectas. La tendencia fue iniciada por la provincia de Santa Fe en* su Constitución de 1921, que luego fue seguida por la de Córdoba y Entre Ríos. También se pueden señalar los casos de referéndum constitucional adoptados en Buenos Aires y Mendoza. De esta manera de a poco en la mayoría de las provincias argentinas se practicaron consultas, referén-

(29) HARO, RICARDO, *Constitución, Gobierno y Democracia*, Córdoba, 1987/66.
(30) B.O.C.B.A. N° 942, 2000/05/15.

dums e inclusive revocatorias de mandatos. Si bien su utilización no ha sido frecuente registrándose casi exclusivamente en la esfera municipal.

Esta evolución que experimenta el derecho de las provincias se ve acentuada a partir de 1986 con la concreción de una nueva etapa del constitucionalismo provincial que involucra la reforma de las leyes fundamentales de la mayoría de los estados provinciales y la sanción de las Constituciones de la nueva provincia de Tierra del Fuego y de la Ciudad de Buenos Aires. La democracia participativa es uno de los rasgos más destacables de esta última etapa del constitucionalismo provincial, las formas semidirectas se suman a otros institutos de participación política no partidaria.

Inclusive, en los textos constitucionales la consagración de diversos canales institucionales de participación en las esferas sociales, profesionales, económicas etc., se ve precedida de la definición del régimen a través de expresiones como las siguientes, contenidas en los preámbulos: *"consolidar un Estado democrático basado en la participación popular..."* (La Rioja); *"profundizar la democracia participativa en lo político, económico, social y cultural"* (San Juan); *"establecer una democracia pluralista y participativa"* (Córdoba); *"organizar el Estado provincial bajo el sistema Representativo Republicano de acuerdo a la CN en una democracia participativa y pluralista"* (Salta), *"se asegura el derecho a la plena participación en las decisiones de los Poderes Públicos sobre los asuntos de interés general a través de los procedimientos que esta Constitución dispone"* (Entre Ríos).

La afirmación de la autonomía de los municipios constituye, también, otro de los aspectos importantes del movimiento de reforma a que estamos haciendo referencia. Producto de este fenómeno se extiende la modalidad del municipio de "carta", es decir de comunas dotadas de una suerte de poder constituyente de tercer grado. Ello, en tanto y cuanto, tienen la facultad de dictarse sus propias normas fundamentales, de conformidad con los lineamientos contemplados en las respectivas Constituciones provinciales. En la actualidad existen numerosísimas cartas municipales con interesantes innovaciones en el campo de los derechos y de la organización del poder. Respecto de los mecanismos de participación se han incorporado entre otros la audiencia pública, instituto sumamente difundido en los más variados confines del territorio argentino. Por caso podemos citar a las cartas de San Salvador de Jujuy en la que se habla del derecho de audiencia pública del que son titulares todos sus habitantes y de Puerto Madryn, ciudad en la que este mecanismo se incorpora a un procedimiento muy novedoso de planeamiento estratégico participativo.

El municipio de Ushuaia luego de la sanción de la ordenanza sobre audiencias públicas ha incorporado a su vida cotidiana la celebración de un promedio de dos audiencias mensuales para el tratamiento de cuestiones de su competencia.

f) Consideraciones finales

La Argentina ha ingresado en un proceso que debiera incorporarla al concierto de países que poseen una democracia participativa. Esta nueva etapa del constitucionalismo que aparece con posterioridad a la democracia representativa ha quedado consagrada, aunque con grandes limitaciones por el constituyente reformador de 1994. El camino a recorrer para su efectiva adecuación a nuestro medio, creemos que todavía será largo. Sin embargo, en su transcurso es preciso resistir a toda tentación propicia a confundir a una genuina participación con modalidades de tipo plebiscitario, que lejos de ensanchar el arco de la democracia, seguramente nos conducirán a nuevas formas de personalismo, a las que nos tiene tan acostumbrados la realidad latinoamericana.

Es de destacar la diferente evolución ocurrida en los diferentes niveles de gobierno. En tal sentido, la situación en muchas provincias y municipios arroja una luz esperanzadora en relación con la profundización de una participación genuina en la Argentina. Consideramos que debe seguirse con atención lo que ocurre en esos ámbitos pues ellos constituyen interesantísimos casos piloto a tener en cuenta a la hora de reglamentar las herramientas para la participación ciudadana en otros medios.

El logro de objetivos de efectiva participación democrática recae en gran medida en la labor del legislador, quien de conformidad con los mandatos constitucionales le cabe la difícil tarea de legislar en la materia. Al respecto, nos parece fundamental que se organice un sistema de contralor que impida que en la práctica se desvirtúen los caracteres propios de la relación entre estas herramientas de participación y el sistema democrático.

Por último, los grandes actores de la participación son los propios interesados, los vecinos, sin cuya iniciativa y efectiva intervención, el sistema necesariamente habrá de naufragar. Por lo tanto, el modelo constituye un claro convite a la hoy tan invocada sociedad civil, la que para poder desempeñarse en tantos escenarios diferentes, debe organizarse y capacitarse para conocer sus derechos y los mecanismos de participación que le permitan ser parte del proceso de toma de decisiones. Queremos cerrar este capítulo con una remisión al proceso de institucionalización que se llevó a cabo en la Ciudad de Río Gallegos, Capital de la Provincia de Santa Cruz. Este proceso que culminó con la realización de la primera audiencia pública, convocada por el intendente el 23 de noviembre de 2007, comenzó casi diez años antes. Superó vaivenes polí-

ticos, intendentes que no se animaron a la participación, concejales que querían la audiencia pública, hasta que finalmente la capacitación de la gente, a través de numerosas actividades de talleres, charlas, con los funcionarios y con los ciudadanos, la activa difusión de los medios, hizo que naturalmente se llegara a pensar la audiencia pública como un mecanismo normal, cotidiano en el municipio. Mecanismo que permitiría a los gobernantes, tener una visión más completa, desde otros ángulos, otros conocimientos, llegar así finalmente a decisiones de alguna manera con cierto nivel de consenso que sin duda, aseguran una democracia más viva, más real, más cercana.

Bibliografía

- Dictamen preliminar del Consejo de Consolidación de la Democracia, EUDEBA, Buenos Aires, 1986.
- García, María del Carmen, *La participación pública es posible*, Ediciones D y D, Buenos Aires, 2008.
- Nohlen, Dieter, *Elecciones y Sistemas Electorales*, Serie Democracia y cambio social, 1ª edición en español, 1984.
- Sabsay, Daniel A., *El sistema de doble vuelta o "Ballottage"*, Separata de Lecciones y Ensayos Nº 63, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad de Buenos Aires, Abeledo Perrot.

Capítulo V

El Estado Federal

Sumario: 1. La forma de Estado. El federalismo argentino.— 2. Comparación con el sistema federal de los Estados Unidos. a) Contexto general. b) Cuestiones relativas a la interpretación y aplicación del texto de la Constitución. c) Cuestiones de tipo histórico y cultural. d) Cuestiones relacionadas con el funcionamiento de los poderes políticos.— 3. Las modificaciones introducidas por la reforma constitucional de 1994. a) Consideraciones preliminares. b) Establecimientos de utilidad nacional. c) La región en nuestra Constitución. i) Concepto. ii) Potestades del gobierno federal. iii) Mecanismo institucional para la creación de las regiones. d) Dominio de los recursos naturales y medio ambiente. e) Consideraciones finales.— 4. Relaciones entre el Estado Federal y las Provincias. a) Distribución de competencias. b) Tipos de competencias. i) Facultades delegadas. ii) Facultades concurrentes. iii) Facultades excepcionales de la Nación. iv) Facultades reservadas por las provincias. v) Facultades prohibidas a las provincias. vi) Facultades compartidas.— 5. Intervención federal. a) Concepto. Regulación constitucional. b) Iniciativa. c) Causas. d) Autoridad federal que declara la intervención. e) Efectos de la intervención. f) El interventor federal. i) Facultades. ii) Designación. iii) Naturaleza de sus actos.— 6. Régimen financiero de la Constitución. a) Distribución de competencias. b) Situación anterior a la reforma de 1994. c) La coparticipación federal. Consagración constitucional. d) Transferencia de competencias y control del sistema. e) Asignaciones específicas de recursos coparticipables.— 7. Postulados constitucionales de la tributación. a) Principio de legalidad. b) Principio general de igualdad. c) Principio de generalidad.— Bibliografía.

1. La forma de Estado. El federalismo argentino

La forma de Estado es uno de los elementos fundamentales del régimen político de un país pues define la relación existente en su seno entre el poder y el territorio. Se trata de determinar el modo como se organiza la autoridad en el espacio. Las soluciones clásicas son dos, el unitarismo y el federalismo. En el primero como el mismo nombre lo indica existe un único centro de poder político, mientras que en el segundo coexisten varios, de conformidad con la existencia de diferentes niveles de gobierno, en el marco de un fenómeno de descentralización política. Entendemos por tal a aquella que prevé una pluralidad de centros que poseen potestades de orden constituyente, legislativo, de elegir a sus propias au-

toridades por las modalidades contempladas en su derecho público y por añadidura, la capacidad de administrarse a sí mismos.

En un Estado unitario, por el contrario, no se da esta pluralidad, ya que al existir una unidad de régimen en cabeza de un único poder político nacional, éste es el que por ende monopoliza el ejercicio de las mencionadas facultades. La única descentralización que se concibe en esta forma es la de tipo administrativo de naturaleza territorial, en la que sus autoridades tienen exclusivamente una potestad de autoadministración o autarquía por contraposición con la autonomía propia del federalismo del que gozan los Estados federados —provincias en nuestro sistema—; mientras que el Estado federal —Nación en los términos de nuestra Constitución— es soberana. Ello, en tanto no existe jurídicamente ningún orden superior a él.

La evolución de las estructuras estatales ha llevado a la aparición de variaciones a los dos modelos mencionados. En primer lugar, se presentan modificaciones a las mismas por la introducción de elementos que no se encuadran en la tipología clásica. Por ejemplo el carácter electivo de las autoridades de comunas en países unitarios, como ocurre en los departamentos (descentralización de tipo municipal) en Uruguay. En segundo término, cabe señalar las nuevas formas de descentralización que se derivan de los fenómenos de regionalización en países unitarios. Al respecto, los dos casos más característicos son el italiano y el español. Curiosamente, la reforma constitucional de 1994 incorporó a las regiones para fines económico sociales (art. 124 CN) entre las modificaciones al federalismo que el constituyente reformador ha brindado. Estas cuestiones se desarrollan en el capítulo siguiente.

Nuestro federalismo se encuentra cada vez más debilitado y nos animamos a afirmar que nunca se consolidó en nuestro sistema político. Por el contrario, hemos sufrido un permanente proceso de centralización que se corresponde con lo que ha sucedido con nuestra forma presidencialista de gobierno. Así las cosas, nos parece importante bucear en los antecedentes nacionales para compararlos con lo ocurrido en los Estados Unidos de América, cuya Constitución ha sido la fuente directa de nuestra organización del poder, tanto en el territorio como en la estructura gubernamental.

Nos parece interesante tomar en cuenta la relación que encuentra la denominada por Gibson, escuela "democrática" de federalismo, precisamente entre esta forma de Estado y su incidencia en el fortalecimiento del sistema democrático. Al respecto el autor señala que dentro de la mencionada doctrina, "al federalismo se lo considera directamente relacionado con las prácticas democráticas, ya sea desde la perspectiva que observa a los gobiernos locales como más responsables hacia los ciudadanos individuales que los gobiernos nacionales, como desde aquella visión que ve en esos gobiernos baluartes democráticos contra los abusos de un Estado central. El federalismo, o la descentralización de los sistemas federales, son por lo tanto considerados como una consecuencia institucional natural de la ola contemporánea democratizadora que está esparciéndose en gran parte del mundo en vías de desarrollo"[1].

Estamos convencidos que el reencuentro con nuestras instituciones es uno de los elementos más importantes para lograr el desarrollo del país. Sobre todo, luego de una evolución tan poco fructífera en lo que hace a la calidad de las mismas. No dudamos que el incumplimiento de nuestra Ley Fundamental ha sido en lo que respecta a este capítulo de nuestra organización nacional, la causa más palpable de la centralización del poder en todos los aspectos, en el "puerto" y su área metropolitana imposibilitándose así la integración territorial y el desarrollo de provincias y regiones.

En consecuencia, el análisis de la cuestión en aras de poner en marcha los cambios estructurales susceptibles de revertir tan preocupante estado de cosas aparece como prioritario y necesario para luego concertar las políticas públicas que permitan ponerlos en marcha. Inspirados en este propósito, comenzaremos con el análisis comparado de nuestro federalismo y del de los Estados Unidos, en particular en las condiciones históricas y sociológicas que los diferencian. Luego, haremos un somero repaso de los fenómenos que más han incidido en la frustración de nuestro programa constitucional en la materia. A continuación, analizaremos las novedades aportadas por la última reforma constitucional y sus resultados. Por último, nos concentraremos en consideraciones generales.

2. COMPARACIÓN CON EL SISTEMA FEDERAL DE LOS ESTADOS UNIDOS

a) Contexto general

Las colonias británicas de América se organizaron a través de reglas de autogobierno inspiradas en el constitucionalismo; cuando luego de unos pocos años de vida independiente como confederación, deciden darse una Constitución, construyen un sistema a partir de la creación de una república presidencialista y federal, combinación que contenía en si misma el esquema de frenos y contrapesos apto para impedir que al-

(1) GIBSON, EDWARD L., *Federalism and Democracy in Latin America*, The John Hopkins University Press, Baltimore, Maryland, 2004, p. 11 (traducción del autor).

guno de los tres poderes pudiese desbordar a los otros, receta que se iría perfeccionando en el tiempo a través de sucesivas enmiendas. De nuestro lado, todos los antecedentes hablan de un poder personalizado en el cual el gobernante reúne entre sus manos todas las potestades gubernamentales. Llegados a la organización nacional, nuestros constituyentes idearon una modalidad que en la práctica, más allá de la letra constitucional, se iría deslizando hacia la concesión de facultades exorbitantes a favor del Presidente. Los golpes de estado concretaron esa anomalía de la manera más brutal. Los gobiernos constitucionales —salvo escasas excepciones—, en mayor o menor medida se alejaron del principio de separación de poderes en aras de favorecer al "primer mandatario" con potestades excepcionales.

b) *Cuestiones relativas a la interpretación y aplicación del texto de* la Constitución

La incorrecta aplicación de las disposiciones constitucionales ha sido el resultado, en primer término, de una interpretación demasiado extensiva de ciertas cláusulas. Entre ellas, la denominada "comercial" (art. 75, inc. 13) que le concede al Congreso de la Nación competencia en materia de comercio interprovincial. Esta atribución ha sido objeto de una interpretación de tal amplitud que, prácticamente, no habría acto susceptible de superar las fronteras de una provincia que no quede comprendido de manera exclusiva dentro de la competencia federal. Las facultades implícitas y las concurrentes derivadas de los incisos 32 y 18 del mencionado artículo también han servido como una suerte de "palancas", útiles para la extensión de la esfera de atribuciones nacionales.

La consecuencia de este "destino" nacional de múltiples cuestiones y en particular de aquellas que han surgido de resultas de la evolución que se ha producido a nivel mundial y en las actividades en el casi siglo y medio de vigencia de la Constitución, ha sido muy bien caracterizada por Frías quien sostiene que "toda materia de gobierno que por su originalidad, dimensión o estrecha vinculación operativa con facultades del *gobierno central, requiere en alguna etapa su asistencia técnica y económica* o su concertación interjusidiccional, tiende a ser dominada o integrada entre los poderes del gobierno central"[2].

Especial consideración merece la observación del modo como ha sido utilizada la facultad excepcional de intervenir en el territorio de las provincias que le concede al gobierno nacional el art. 6° de la Constitución nacional, institución que junto al estado de sitio del art. 23 son las únicas de emergencia contenidas en el texto constitucional de 1853/60. Esta facultad puede ser ejercida legítimamente cuando medie una circunstancia de origen interno o externo que ponga en peligro la estabilidad institucional de una provincia. Pero dicha alteración debe ser grave e imposible de resolver dentro del orden interno provincial en cuestión, puesto que sólo ante tal circunstancia se justifica la intromisión excepcional del gobierno federal en las cuestiones internas de las provincias. Si bien se ha sostenido que nuestros constituyentes se basaron en el artículo 4° de la Constitución de los Estados Unidos, tanto la redacción de la norma como la práctica de ambos países hacen que funcione de manera bien diferente. La función reconocida al gobierno federal en los Estados Unidos es de ayuda al estado en crisis y no sustituye la autoridad civil local. En cambio, en nuestro país la función se ha ejercido casi siempre en forma coercitiva y la autoridad federal sustituye a la autoridad local en forma provisoria.

(2) FRÍAS, PEDRO J., *Introducción al derecho público federal*, Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 67.

La indebida utilización de este instituto de emergencia ha sido una de las causales que debilitaron al federalismo argentino a lo largo de nuestra historia. En muchas ocasiones los motivos que llevaban a la intervención tenían que ver con razones estrictamente políticas, como consecuencia por ejemplo de que la provincia intervenida estaba gobernada por un partido de diferente signo del de la Nación. Además, en numerosas oportunidades se ha aprovechado del largo receso legislativo que existía antes de la reforma del '94, para tomar la medida a través de un decreto. Como luego veremos, en este campo las modificaciones que aporta la mencionada reforma han servido para tornar estas irregularidades de casi imposible concreción.

c) Cuestiones de tipo histórico y cultural

Las colonias norteamericanas practicaron la democracia con anterioridad a la independencia. Inclusive, con posterioridad a ella, algunos de los ya nuevos Estados conservaron sus Constituciones elaboradas en el período colonial. Es decir, la tradición constitucional encuentra en los EE.UU. un origen que se remonta a más de tres siglos previos a 1776, fecha de su independencia. El fenómeno "asociacionista" —por llamarlo de alguna manera—, que tanto sorprendió a De Tocqueville y del que da cuenta en la "Democracia en América", importaba un fuerte involucramiento comunitario en los asuntos públicos.

En nuestro país las cosas fueron muy diferentes. La etapa colonial se caracterizó por el ejercicio autocrático del poder, encarnado en la autoridad soberana del monarca, quien era el propietario, sobre la base de

las normas del derecho privado, de todas las tierras que componían el imperio español en América. En consecuencia, en los EE.UU. no se produjo una ruptura sino una continuidad, mientras que en nuestras tierras ocurrió exactamente lo contrario. De modo tal que en la Argentina siempre se han confrontado dos tradiciones diferentes, una autoritaria y otra democrática, y en ese marco fue imposible asegurar la continuidad constitucional, así como también lograr una adecuada observancia del principio de legalidad. Resultado de ello fueron los múltiples y prolongados períodos de gobiernos *de facto*, en los cuales rigió un modelo autocrático y unitario, que influyó decididamente en los hábitos de la sociedad argentina, y se tradujo —en el tema que nos ocupa— en una ausencia total de compromiso con el sistema federal.

d) Cuestiones relacionadas con el funcionamiento de los poderes políticos

Cabe destacar la existencia de una estrecha relación entre la distribución del poder en el territorio y el funcionamiento de los poderes en el gobierno federal, a los efectos de analizar las diferencias que se observan, en la práctica, entre el sistema que dio base a nuestra Constitución y el federalismo argentino. Seguidamente, describiremos algunos factores, relacionados con el ejercicio de los poderes de gobierno, así como de los partidos políticos, que reflejan la situación planteada.

Congreso de la Nación: En la Argentina, los miembros del Congreso observan una rigurosa disciplina partidaria, cuyo resultado es la aprobación de leyes, por parte de los diputados provenientes de las Provincias, que atienden a los intereses de la Nación en desmedro de las autonomías provinciales. Este comportamiento se torna más notorio en el caso de los senadores, quienes, no obstante ser los representantes directos de las provincias, anteponen los intereses partidarios a los de los estados que representan. Cabe tener en cuenta, asimismo, que los partidos políticos mayoritarios a nivel nacional imponen sus directivas en el orden provincial, con lo cual se desnaturaliza el sistema federal diseñado en la ley suprema, desde las propias organizaciones intermedias que prácticamente monopolizan las candidaturas para ejercer los cargos públicos.

Mientras que en los Estados Unidos, existe un sistema bipartidista que presenta una gran autonomía a nivel estadual, la cual se refleja en el seno del Congreso, a través del comportamiento de los legisladores, desprovisto de una "disciplina partidaria férrea" en el momento de concretarse las votaciones. Ello facilita la formación de mayorías que varían en función de la temática objeto de tratamiento y no de las pertenencias partidarias de sus representantes. Es decir, se tiende a satisfacer preponderantemente intereses ligados a la representación territorial o a los grandes temas nacionales, en detrimento de las necesidades de las estructuras partidarias.

Poder Ejecutivo: La desmesurada concentración de facultades en el presidente de la República, sumado a un excesivo personalismo, impide la concreción de un federalismo auténtico. Expondremos a continuación algunas notas que caracterizan el sistema instrumentado en los Estados Unidos y que se reflejan en la distribución del poder en el territorio. Ellas son:

1. Un Congreso fuerte que a lo largo de la historia estadounidense se ha ido afirmando como una importante palanca de contención de las atribuciones del Poder Ejecutivo, lo que lleva a muchos publicistas de ese país a rebautizar al sistema con la denominación de "régimen congresional" en lugar de presidencialista.

2. Una Corte Suprema de Justicia Federal que, a través de la creación del control de constitucionalidad de las normas y de los actos de gobierno y de una imagen de prestigio inigualada en la opinión pública, logró una cuota nada desdeñable de poder y, sobre todo, razonablemente protegida de las influencias políticas de los otros poderes del Estado.

3. La necesidad del acuerdo del Senado para la designación de los funcionarios (secretarios y responsables de los principales organismos nacionales) que acompañan desde el Ejecutivo la gestión presidencial.

Detrás de las características mencionadas, aparece la fisonomía de un federalismo real, en el cual las fuerzas centrípetas (que pugnan hacia el centro del poder) y las centrífugas (que se difunden hacia las partes, las provincias), subyacentes en todo sistema de descentralización territorial del poder, se ubican en un punto de justo equilibrio. De modo tal. que dentro de ese esquema, las autonomías estaduales (provinciales en Argentina) operan también como una herramienta de control de los actos del presidente, en la medida en que conservan una cuota apreciable de potestades gubernativas efectivamente ejercidas por ellas.

Por contraposición a lo expresado, en la Argentina el "personalismo presidencial" es producto también del comportamiento de las propias autoridades provinciales, que, muchas veces, se someten a los intereses del gobierno central. Es cierto que esta actitud se ve cada vez más forzada por la concentración de recursos económicos en manos nacionales, cuyas autoridades prácticamente mantienen en condición de rehenes a los titulares de los poderes ejecutivos provinciales. Esta deformación

proviene de la falta de cumplimiento de las disposiciones constitucionales en materia de distribución de recursos, a favor de prácticas que las contradicen abiertamente y que se apoyan en la delegación inconstitucional de facultades a favor del Ejecutivo nacional.

3. LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994

a) Consideraciones preliminares

La reforma constitucional de 1994 produjo importantes modificaciones en las partes dogmática y orgánica de la Ley Fundamental. Esta última, en particular, fue uno de los puntos focales que motivaron la necesidad de la enmienda, ya que como se puede recordar la negociación en torno del denominado "Núcleo de Coincidencias Básicas" (ley 24.309), se centró en aspectos relativos a la forma de gobierno. Ello así, la labor del constituyente no se limitó al diseño de modalidades dirigidas a atenuar el presidencialismo y a incorporar la reelección del titular del Poder Ejecutivo, sino que abordó, igualmente, materias relativas a derechos y garantías y a la forma de Estado. Sin embargo, las cuestiones atinentes al federalismo han sido las que han pasado más desapercibidas, tanto en la dinámica de nuestras instituciones, como en los comentarios de la doctrina de los autores.

Esta situación nos resulta por demás paradojal, ya que el federalismo argentino ha sido objeto de importantes retoques por parte del constituyente reformador. Una primera aproximación nos lleva a afirmar que la descentralización política del poder en el territorio ha quedado claramente fortalecida de resultas de la incorporación de nuevas cláusulas en el capítulo consagrado a los "Gobiernos de Provincia" de nuestra Carta Magna, como así también, en otras de sus disposiciones. Hernández efectúa una interesante categorización de la evolución de nuestro federalismo a la que divide en cuatro etapas. La última es la que inaugura la reforma, en la que en su calidad de convencional constituyente inspiró gran parte de las modificaciones relativas a la cuestión en tratamiento. Pone el acento en la finalidad de mayor descentralización, a partir del acrecimiento de las facultades provinciales, tanto de manera explícita (art. 124 CN), como en un mejor resguardo de ellas en temas tales como el deslinde de las facultades impositivas, la propiedad de los recursos naturales, entre otras.

Además, destaca el reconocimiento de la autonomía de los municipios y a la Ciudad de Buenos Aires, como los otros dos hitos de la labor constituyente. "En cuanto a lo político institucional, lo primero que destacamos es la existencia ahora de cuatro órdenes de gobierno: el federal, el provincial, el de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el de los *municipios autónomos. Antes de la reforma, aparecían con claridad sólo* dos órdenes gubernamentales: el federal y los provinciales, mientras que existía un profundo debate que abarcó muchos años de nuestra historia sobre la naturaleza jurídica de los municipios, que separaba en general *a constitucionalistas y municipalistas por un lado, y administrativistas* por el otro, según admitiesen o no un tercer nivel de gobierno"[3].

Cabe recordar que antes de la reforma los ex presidentes Alfonsín y Menem, lideraron iniciativas que desde el plano institucional apuntaron a producir un punto de inflexión en el proceso de debilitamiento del federalismo, que acabamos de describir. Así, durante la presidencia de Raúl Alfonsín se creó el Consejo para la Consolidación de la Democracia, organismo de asesoramiento del Poder Ejecutivo, al que entre otros cometidos se le confió el estudio de una reforma constitucional. A esos efectos, el Consejo produjo dos dictámenes que fueron editados con anexos que incluyen todos los trabajos elaborados en las diferentes comisiones, entre las cuales, la tercera se ocupó de lo relativo a: "Atribuciones de las Provincias y Federalismo". El planteo en este tópico, se centró en la reorganización de las funciones del Senado federal, la intervención a las provincias, los establecimientos de utilidad nacional, recursos naturales, regionalización, servicios públicos y régimen financiero. Las soluciones contenidas en el tratamiento de esos tópicos sirvieron de importante antecedente para la tarea del constituyente reformador del '94.

El gobierno de Carlos Menem celebró el 25 de mayo de 1990 un pacto con las provincias que se denominó "Acuerdo de Reafirmación Federal". Se trató de un compromiso de unidad federal, que materializaba las ideas expuestas por el justicialismo desde la restauración democrática y que fueron confirmadas por el propio Menem durante la campaña electoral. El acuerdo de 19 artículos establecía una serie de compromisos en diferentes áreas, como salud, educación, finanzas, entre otras potestades concurrentes, con el objeto de lograr un federalismo de concertación de modo de revertir el proceso de acumulación de facultades en manos del gobierno nacional.

El constituyente de reforma ha querido vigorizar el federalismo a través de innovaciones contenidas en las siguientes cláusulas:

- modificaciones al régimen financiero (art. 75, inc. 2);

(3) HERNÁNDEZ, ANTONIO MARÍA, *La Descentralización del Poder en el Estado Argentino*, en: *La Descentralización del Poder en el Estado Contemporáneo*, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Buenos Aires, 2005, ps. 28 y 29.

- apoyo a la tesis de los poderes compartidos en materia de establecimientos de utilidad nacional (art. 75, inc. 30, *in fine*);
- autonomía municipal (art. 123);
- introducción de la noción de región (arts. 124 y 75 inc. 19);
- ampliación del ámbito de actuación de los acuerdos parciales (arts. 124 y 125);
- autonomía de la Ciudad de Buenos Aires (art. 129);
- concesión de potestades a las provincias en materia internacional (art. 124);
- dominio originario de los recursos naturales (art. 124);
- distribución de competencias en materia ambiental (art. 41, 3º párrafo);
- marcos regulatorios de los servicios públicos (art. 42, *in fine*);
- determinación del órgano competente para declarar la intervención federal de las provincias (art. 75, inc. 31).

A continuación analizaremos las modificaciones que se han introducido en los siguientes temas: establecimientos de utilidad nacional, región y los recursos naturales y medio ambiente, lo que nos permitirá fundamentar nuestras consideraciones finales. Los restantes tópicos incluidos en el listado son objeto de tratamiento en diferentes capítulos de la presente obra.

b) Establecimientos de utilidad nacional

El deslinde de competencias en los establecimientos de utilidad nacional ha constituido, hasta la reforma del '94, una de las más controvertidas problemáticas de la historia constitucional argentina. En efecto, surgían dificultades interpretativas a partir de la redacción poco clara del ex artículo 67, inc. 27 de la Constitución Nacional —hoy art. 75, inc. 30—. Las posiciones giraban en torno a la determinación de si la Nación ejercía una jurisdicción exclusiva, o bien, si su competencia sobre el establecimiento era compartida con las potestades que las provincias y/o los municipios en cuyos ámbitos espaciales el establecimiento había sido creado, retenían, en tanto y cuanto el ejercicio de las mismas no contraviniera la finalidad que había llevado a la creación del establecimiento.

La evolución de la jurisprudencia fue pendular ya que se inclinaba a favor de una u otra tesis, al son de los vaivenes de la doctrina, dado lo cual en este campo imperaba una seria inseguridad jurídica para los administrados. "Es válido afirmar que en la materia que se trata, tanto la Nación como las provincias y los administrados, retienen una razonable duda en lo que hace a qué atenerse, pues les queda expedita la posibilidad de un cambio jurisprudencial al producirse una modificación en la integración de la Corte. Es evidente que esta situación interpretativa no resulta políticamente saludable, toda vez que la determinación clara y precisa de los poderes de la Nación y de las provincias constituye una cuestión de la mayor importancia, ya que ello contribuye a consolidar y a definir la real fisonomía que tiene la forma federal de gobierno de la Constitución Nacional"(4).

Pues bien, de la última cita surge con claridad que era necesario establecer los límites del accionar nacional en los territorios provinciales, de lo contrario se corre el riesgo de provocar una desmedida e injustificada invasión de los mismos. Lo que el constituyente de reforma ha efectuado es precisamente acoger la doctrina de los poderes compartidos entre niveles de gobierno. "El límite que antes no existía, y que la Constitución le impone es dictar la legislación necesaria para el cumplimiento de los fines específicos en esos establecimientos. La cláusula en su antigua redacción no contemplaba ni el requisito de la 'necesidad', ni el requisito del 'fin específico'. Creemos que la necesidad, como causa y el fin específico, como motivo final, están marcando dos límites concretos de razonabilidad a esta determinación de la legislación excluyente o exclusiva. Podrá legislar en tanto y en cuanto esa legislación sea necesaria y lo justifiquen los fines específicos de la utilidad común"(5). En el mismo sentido se ha expresado que "la modificación del artículo 67, inciso 27 (hoy art. 75, inc. 30) incorporó la tesis concurrente sobre la base de un criterio finalista. La reforma es sobria pero suficientemente clara: Involucra no sólo a las provincias sino también a los municipios, estipulando que ambos conservarán los poderes de policía e imposición sobre los establecimientos de utilidad, en tanto no interfieran en el cumplimiento de los fines específicos de dichos establecimientos"(6). Este mismo autor destaca que la solución que brinda la reforma se ubica del lado del federalismo de concertación, tan caro a Frías, reemplazando así al federalis-

(4) RAMAYO, RAÚL ALBERTO, *Las interpretaciones judiciales críticas del art. 67, inc. 27 de la Constitución Nacional*, LA LEY, 1979-B, 933.

(5) DROMI, CARLOS y MENEM, EDUARDO, *La Constitución reformada*, Ed. de la Ciudad Argentina, 1994, Buenos Aires, p. 274.

(6) ROSATTI, HORACIO DANIEL, *El Federalismo en la Reforma*, en: *La Reforma de la Constitución explicada por miembros de la Comisión de Redacción*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1994, p. 258.

mo dual o confrontativo que en nuestro tema llevaba al exclusivismo nacional en desmedro de las provincias y los municipios. Por nuestra parte utilizamos la expresión: "federalismo de imposición" para caracterizar al mismo fenómeno, que es aquel en el cual prevalece indefectiblemente la voluntad —cualquiera que ella fuere— de la parte más fuerte por sobre la de la más débil, es decir la decisión nacional por sobre el protagonismo local.

Zanjada como ha quedado luego de la reforma la cuestión de las facultades provinciales y municipales en los establecimientos de utilidad nacional, el constituyente ha determinado que la jurisdicción nacional sobre los mismos no puede en ningún caso anular el poder de policía y de imposición que les cabe a los primeros en dichos lugares. Pero, las mencionadas potestades provinciales y municipales deben compadecerse con las finalidades de los establecimientos de modo de no interferir en el cumplimiento de las mismas.

c) La región en nuestra Constitución

i) Concepto

La reforma constitucional por primera vez introduce la noción de región en el texto de nuestra Ley Fundamental. El término aparece en el título segundo de la segunda parte de la Constitución, "Gobiernos de Provincia". El art. 124, en la parte pertinente, faculta a las provincias a *"crear regiones para el desarrollo económico y social y establecer órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines..."*. A partir de esta referencia es preciso determinar el alcance de la expresión, teniendo en cuenta de que existen distintos tipos de regiones y diferentes modelos de regionalización.

Debemos precisar entonces el sentido que le ha dado el constituyente a esta nueva modalidad institucional. Pensamos que su finalidad está vinculada con el desarrollo económico y social, como así también con la necesidad de compatibilizar y armonizar facultades interjurisdiccionales y/o concurrentes. Ello, a fin de evitar superposición de autoridades y fragmentación de responsables en aras de lograr la resolución concertada de conflictos y la búsqueda de soluciones conjuntas a asuntos compartidos.

Acá no se está creando un nuevo nivel político de gobierno, sino que la provincia sigue siendo el centro de redistribución territorial del poder, y la región está constreñida al logro de objetivos de carácter económico y social. Queremos destacar en este punto que la región para el constituyente es un modo de descentralización administrativa del poder en el territorio. Esto, a diferencia de lo que ocurre con la Nación, las provincias, la Ciudad de Buenos Aires y los municipios, los que con distinta intensidad y jerarquía, reúnen en común facultades correspondientes al *dictado de sus propias normas de organización y de gestión (dentro de* sus respectivas esferas de competencia) y a la elección de sus autoridades, o sea todas las características que definen a un centro autónomo de poder.

La Constitución, por lo tanto en lo que hace a la región, ha optado por una concepción jurídica en sentido particular, ya que se la reconoce sólo para el cumplimiento de fines limitados. En otros ordenamientos en cambio se la concibe en sentido más pleno, es decir, como una forma de descentralización política dotada de autonomía, como en los casos de España e Italia. Claro que en estas dos experiencias nos encontramos frente a países unitarios que deciden adoptar una suerte de neofederalismo o de "Estado autonómico-regional", como muchos constitucionalistas españoles caracterizan a su país. En lo que respecta a la Argentina no olvidemos que a diferencia de los países europeos citados, nosotros constituimos un Estado federal. Dentro de un esquema clásico federal —inspirado en la Constitución de los EE.UU.—, las provincias gozan de esta nueva facultad que debe prosperar por medio de la celebración de convenios, con conocimiento del Congreso de la Nación.

El criterio que acabamos de exponer no constituye una opinión aislada. Al respecto, Dromi y Menem consideran que "el regionalismo concertado es el que más eficientemente compatibiliza los intereses de la unidad nacional con la diversidad local". Y, más adelante, en consonancia con nuestra postura, entienden que "no debemos confundirnos y dar otro nombre al federalismo. El único regionalismo a promover en el país es el que surge de una realización acabada, real y sólida del federalismo, no el que es producto de la Constitución de regiones con poder político por encima de las provincias. El regionalismo válido y posible para la Argentina, es el de la integración y coordinación del esfuerzo en pos de los intereses comunes" (7).

En el mismo sentido, Bidart Campos sostiene que "el regionalismo —si así cabe llamárselo— que escuetamente esboza la nueva norma incorporada por la reforma (...), no intercala una nueva estructura política en la organización tradicional de nuestro régimen, en el que se mantiene la dualidad distributiva del poder entre el Estado federal y las provincias. *Las provincias siguen siendo las interlocutoras políticas del gobierno* federal, y el nivel de reparto competencial. Las eventuales regiones no

(7) DROMI, CARLOS y MENEM, EDUARDO, ob. cit., p. 400.

vienen a sumarse ni a interponerse". Más adelante nuestro autor le da aún más luz a las incertidumbres que suscita la nueva figura institucional cuando expresa que "la regionalización prevista implica un sistema de relaciones interprovinciales para la promoción del desarrollo que el artículo califica como económico y social y, por faltar el nivel de decisión política, tales relaciones entre provincias regionalizadas habrán de ser, en rigor, relaciones intergubernamentales, que no podrán producir desmembramientos en la autonomía política de las provincias". Por otra parte, Bidart es concluyente al momento de definir a esta facultad como propia de las provincias; "no puede dudarse que la competencia para crear regiones está atribuida a las provincias (...). Al crear las regiones, las provincias pueden establecer órganos con facultades propias. No obstante, estos órganos no serán niveles de decisión política (...)" (8).

También nos parece importante recordar la opinión de otros dos reconocidos constitucionalistas y ex constituyentes que han consagrado gran parte de sus análisis a la interpretación y al desarrollo de nuestro federalismo, Quiroga Lavié y Rosatti. El primero define al instituto como "región para el desarrollo económico y social"; para luego afirmar que "la idea fuerza de la Constitución es que sean las propias provincias las que dispongan su regionalización a través de acuerdos para el desarrollo; y que dicho fenómeno de descentralización no sea impuesto por el gobierno central, como ocurriera durante los gobiernos *de facto*". En lo que hace a las modalidades de regionalización elegida por el reformador, el publicista estima que a través de este instituto se va a "poder institucionalizar en nuestro país la práctica de la descentralización de potestades a favor de agencias independientes, como es habitual en los Estados Unidos" (9).

Rosatti también enfatiza el carácter estrictamente provincial de esta potestad, "corresponderá a las provincias (y no a la Nación)" —acentúa— "diseñar el mapa regional (o los mapas regionales, para mejor decir) conforme a la materia legislada (...). Se procura inducir un sistema regional sectorial o particular antes que plenario (las regiones se estructuran para fines específicos), instrumental y adjetivo en lugar de político o sustantivo (en la medida en que la región no constituye una macroprovincia dotada de autonomía)..." (10).

La opinión autorizada de Colautti viene a sumarse a lo dicho hasta ahora quien considera que la "relación entre región y desarrollo marca

(8) BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, t. VI, Ediar, Buenos Aires, 1995, ps. 523/5.

(9) QUIROGA LAVIÉ, HUMBERTO, *Constitución Argentina Comentada*, Zavalía, Buenos Aires, 1996, ps. 707/708.

(10) ROSATTI, HORACIO DANIEL, ob. cit., ps. 216/17.

una clara diferencia entre la región como instrumento de promoción, compatible con nuestra fórmula federal y la región como presupuesto del Estado regional que constituye una forma de Estado diferente del federalismo y ajena a nuestro sistema" (11).

ii) Potestades del gobierno federal

Ahora bien, también aparece la temática regional en la denominada "nueva cláusula del progreso o del progreso social", en ella (párrafo 2º), el reformador le confiere al Congreso nacional una serie de facultades de tipo programático y finalista entre las cuales se encuentra la de velar por el "*crecimiento armónico de la Nación*" a través de una serie de acciones que "*tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones*". Lo expresado acá por el constituyente no debe ser de ningún modo entendido como el poder de crear dichas regiones.

En este punto queremos desentrañar el sentido de la disposición inserta en el inc. 19 del art. 75, que consagra las atribuciones del Congreso de la Nación. A nuestro criterio esta cláusula concuerda perfectamente con la ya citada del art. 124 puesto que importa la realización de actos distintos de los de creación de regiones. Potestad que como ya hemos visto les compete con exclusividad a las provincias. En este caso el Congreso, en función del trazado y definición regional que previamente hubieran efectuado las provincias, debe llevar a cabo medidas que posibiliten un desarrollo con equidad e igualdad de dichas unidades territoriales o entes de gestión regional. Todo ello en aras a la mejor integración territorial económica y social de la Nación. En segundo lugar, consideramos que la región también ha sido tomada en consideración a las circunstancias históricas que han ido elaborando un concepto alejado del que estamos tratando aquí. Se trata de una noción subjetiva de región fundada en elementos de corte tradicional y que sin lugar a dudas han ido delineando espacios regionales en sentido histórico y hasta sociológico.

No es otro el significado que le otorgan a la cláusula que venimos considerando, los autores a cuya opinión hemos recurrido precedentemente. Por ejemplo, Bidart Campos considera que "no parece que pueda reputarse que el art. 124 y el inc. 19 del art. 75 apunten a competencias concurrentes. En cambio, sí queda la impresión de que la regionalización que acuerden crear las provincias para el desarrollo económico y social en ejercicio de sus competencias deberá coordinarse —y, mejor aún:

(11) COLAUTTI, CARLOS, *Derecho Constitucional*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1996, p. 80.

concertarse— para que la regionalización guarde armonía y coherencia con las políticas federales diferenciadas, todo ello en virtud de que las competencias provinciales siempre se sitúan en el marco razonable de la relación de subordinación que impone la Constitución federal"[12].

iii) Mecanismo institucional para la creación de las regiones

En función de lo antedicho todo acuerdo de integración regional debe pasar por la modalidad de los llamados tratados parciales que instituye el art. 125 CN. Se trata de una disposición prevista en la Constitución histórica y que en su aplicación ha dado lugar a distintas modalidades de entendimiento entre diferentes provincias y con posterioridad la interpretación llevó a la posibilidad de que la Nación y hasta municipios, también fuesen parte en estos convenios. El uso que las provincias han hecho de esta potestad ha variado en el tiempo. En un primer período sirvió para la regulación de los límites interprovinciales y cuestiones interjurisdiccionales vinculadas con la administración de justicia. Pero, es a partir de la década del 50, que el instituto cobra un sesgo diferente y muy útil para la configuración de un federalismo de concertación.

Así, ha servido para la creación de entes interjurisdiccionales —CFI, Cofirene, Cofema, etc.— la gestión de autoridades de cuenca, como las de los ríos Bermejo y Colorado, entre otras, la realización de obras de infraestructura —puente Santa Fe-Paraná—, la puesta en marcha de actividades comerciales —Corporación del Mercado Central de Buenos Aires—, etc. De hecho, ha sido de utilidad para la concreción del concepto de región a que se alude en el artículo anterior. Hoy, con los distintos tipos de convenios cuya celebración tiene cabida en las cláusulas de la Ley Fundamental reformada, estos acuerdos deberían cobrar un nuevo auge y una mayor precisión y aval jurídicos.

Rosatti comparte esta posición, pues considera que "la cláusula que habilita la región como creación interprovincial establece que dichas articulaciones deberán ser comunicadas al Congreso nacional. No se requiere de su aprobación sino de su conocimiento; con ello se resguarda la autonomía provincial (absteniéndose el Gobierno federal de imponer regiones a las provincias)..."[13]. Como podemos apreciar el comentarista está apelando en todo momento, aunque de modo implícito a lo establecido en la primera parte del art. 125 CN. Colautti, por su parte, entiende que las regiones deberán constituirse por medio de "leyes-convenio locales o tratados parciales que institucionalicen una coordinación

(12) BIDART CAMPOS, GERMÁN, ob. cit., p. 527.
(13) ROSATTI, HORACIO DANIEL, ob. cit., p. 217.

interprovincial"[14]. Nuestra interpretación del alcance y mecanismos de materialización de la cláusula citada del art. 124 de la CN, toma como punto de partida a la doctrina más autorizada, muchos de cuyos más destacados exponentes son citados en el presente documento. Entendemos que estamos frente a una modalidad de tipo instrumental encaminada a una nueva articulación de las relaciones interprovinciales. Por supuesto, que creemos que la Nación es susceptible de participar en aquellas iniciativas en que se encuentre involucrado algún aspecto que hace a su competencia. Pero, dicha intervención de ningún modo debe invadir la esfera exclusiva de las provincias. Queremos destacar igualmente que el constituyente no ha acogido la noción de regionalismo como nuevo nivel político de gobierno. De esta manera ha descartado la variable basada en la creación de estructuras territoriales homogéneas ni tampoco ha impuesto que deban concretarse necesariamente al mismo tiempo y cubriendo toda la superficie del país.

Creemos, sin embargo, que partiendo del esquema constitucional vigente se podrá arribar a un federalismo de concertación vigorizado en relación a las iniciativas precedentes. Este deberá ir estructurándose con el acuerdo expreso de las partes —las provincias— y en la medida de sus necesidades. Se trata de un plan paulatino en el tiempo que llevará necesariamente a un modo diferente de toma de decisiones, en base a una genuina participación intrafederal. Pero, los acuerdos deben ir lográndose desde la base y no por medio de la actitud autoritaria del centro.

d) Dominio de los recursos naturales y medio ambiente

En la órbita de los recursos naturales el constituyente ha considerado pertinente establecer de manera explícita que el dominio originario de los mismos les pertenece a las provincias (art. 124 *in fine* CN). La potestad, de todas maneras les competía a ellas, aun con anterioridad a la reforma. Ella surgía de manera implícita en la medida que no había sido materia delegada a la Nación. Sin embargo, la práctica institucional había puesto de manifiesto una conducta constante de las autoridades nacionales lesiva de la competencia provincial en la materia. De hecho se trató de un accionar inconsulto y contrario a la Ley Fundamental de parte de la Nación, consistente en arrogarse el ejercicio de funciones en materia de recursos naturales ubicados en territorio provincial. Este inadecuado manejo de atribuciones produjo muchas veces un vaciamiento del dominio provincial sobre dichos recursos.

(14) COLAUTTI, CARLOS, ob. cit., p. 80.

En la actualidad, la clara disposición de nuestra Ley Fundamental mencionada tiende a revertir este proceso, pues en la medida que no se discuta quien es el titular del dominio tampoco resulta factible desconocer a quien le compete el ejercicio jurisdiccional. En derecho existe un principio fundamental según el cual la jurisdicción se deriva del dominio y por lo tanto su ejercicio le corresponde a quien es su titular, salvo que la ley establezca lo contrario para casos particulares y con carácter excepcional.

En lo que hace a la protección del medio ambiente, la sola inclusión de una cláusula expresa en el articulado constitucional en el capítulo consagrado a "nuevos derechos y garantías", habla por si misma. A partir de esta realidad toda actividad que pueda comprometer la calidad de vida debe estar reglamentada de modo de evitar la producción de daños al ambiente. El deslinde de competencias entre la Nación y las provincias surge de nuestra Constitución Nacional independientemente de la materia de que se trate. Claro, que en relación a lo ambiental es necesario tener en cuenta que siendo nuestra Ley Fundamental un producto del siglo pasado, esta temática no aparecía ni por asomo en su articulado con anterioridad a la reforma. Hoy a la cuestión se refiere la cláusula contenida en el 3º párrafo del nuevo artículo 41. La misma expresa que *"corresponde a la Nación dictar normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales"*.

Comenzaremos observando el criterio general determinado en nuestra Ley Fundamental en materia de deslinde. Recurriendo a los principios generales, la división de competencias entre la Nación y las provincias surge de la aplicación del art. 121, conforme al cual las provincias conservan todo el poder no delegado a la Nación. Es decir que la Nación posee una competencia de excepción, ya que ella debe resultar de una delegación expresa, hecha a su favor por parte de las provincias. Las provincias tienen una competencia general, conformada por todas las atribuciones remanentes, o sea todas aquellas que no le han sido expresamente reconocidas a la Nación. La Constitución también establece que la competencia nacional tiene una jerarquía superior a la provincial y que en consecuencia es suprema.

El análisis debe continuar con la observación de otras disposiciones agregadas por la reforma al texto constitucional. En el capítulo dedicado a los gobiernos de provincia, el constituyente ha considerado conveniente expresar que *"corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio"* (art. 124 CN). Esta disposición debe ser considerada con cuidado en la medida que al titular del dominio de algún bien como regla general le corresponde el ejercicio de

la jurisdicción sobre el mismo, como ya ha quedado dicho con anterioridad. Es decir que al titular del dominio de una cosa, en nuestro caso de recursos naturales, le compete el ejercicio de las jurisdicciones susceptibles de ser ejercitadas sobre ellos. Cada una de dichas jurisdicciones se corresponderá con alguna función de gobierno que hace a la utilización del recurso sobre el cual ésta se ejerce. En nuestra materia, como hemos visto, se ha producido una delegación a favor de la Nación en lo que hace a la determinación de "presupuestos mínimos" para la protección ambiental, los que deberán aplicarse necesariamente en relación con el uso de los recursos naturales. Ahora bien, la combinación de ambas disposiciones —arts. 41 y 124— nos induce a pensar que la delegación se efectuó bajo la condición de que su ejercicio no importara un vaciamiento del dominio que tienen las provincias sobre esos mismos recursos. De otro modo no se entiende cuál habría sido la intención del constituyente al establecer la cláusula de resguardo de la competencia provincial que importa el art. 124, *in fine*.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ya ha tenido oportunidad de manifestarse al respecto. El pronunciamiento se produce como respuesta a una demanda deducida por un particular contra la provincia de Buenos Aires que persigue la inconstitucionalidad de una norma provincial que homologa un acuerdo entre el gobernador y una empresa privada. En la parte pertinente, la sentencia sostiene que son "las autoridades administrativas y judiciales del Estado de la Provincia de Buenos Aires las encargadas de valorar si la obra proyectada afecta aspectos tan propios del derecho provincial, como lo es todo lo concerniente a la protección del ambiente. En efecto, corresponde reconocer en las autoridades locales la facultad de aplicar los criterios de protección ambiental que consideren conducentes para el bienestar de la comunidad para la que gobiernan, como asimismo valorar y juzgar si los actos que llevan a cabo sus autoridades, en ejercicio de poderes propios, afectan el bienestar perseguido. Tal conclusión —prosigue el Alto Tribunal— cabe extraerla de la propia Constitución, la que, si bien establece que le cabe a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, reconoce expresamente las jurisdicciones locales en la materia, las no pueden ser alteradas". Para concluir esta cuestión el fallo considera que "la solución propuesta tiene respaldo en el respeto de las autonomías provinciales"[15].

Luego, en un fallo que nos parece crucial para la definición de esta importante materia contemplada en el tercer párrafo del art. 41 CN, la Corte avanza en la definición del alcance de las facultades de cada uno

(15) CS, 1995/05/16, "Roca, Magdalena c. Buenos Aires, Provincia de s/ inconstitucionalidad", Fallos: 318:992, LA LEY, 1996-B, 139.

de los niveles territoriales mencionados. Se trata de la sentencia "Villivar, Silvana c. Prov. del Chubut y otros", 2007/04/17[16], en la cual la Corte consideró que "es inadmisible (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación) el recurso extraordinario interpuesto contra el rechazo de los recursos contra el pronunciamiento que admitió el amparo ambiental y condenó a paralizar los trabajos de exploración y explotación de la mina hasta tanto la autoridad provincial de aplicación convocara a la audiencia pública prevista en el art. 6° de la ley 4032 del Chubut y se pronunciara expresamente con respecto al estudio de impacto ambiental presentado por la empresa minera".

Pues bien en el caso de marras lo que se discute es el alcance de la jurisdicción local en materia ambiental minera. Al respecto, la provincia, en la que se debía desarrollar un emprendimiento de extracción aurífera a cielo abierto y utilizando cianuro, en ejercicio de su poder de policía y como complementación de la normativa nacional de presupuestos mínimos había reglamentado la cuestión. Así, había dictado una norma particular prohibitiva de esa modalidad de extracción de minerales. A ello se agrega como temperamento general dentro de Chubut, la exigencia de aprobación expresa, previa audiencia pública, del estudio de impacto ambiental previsto en los arts. 6° y 7° de la ley 4032 de la provincia antes del inicio de actividades capaces de degradar el medio ambiente. La Corte Suprema —voto de Lorenzetti, Fayt y Petracchi— considera que estos parámetros "no contradicen las leyes nacionales 24.585 y 25.675, dictadas con arreglo al art. 41 de la CN, ya que la facultad que tienen las provincias de complementar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección del medio ambiente, supone agregar alguna exigencia o requisito no contenido en la legislación complementada".

e) Consideraciones finales

- El análisis de las modificaciones de naturaleza federal efectuadas por la última reforma de la Constitución pone de manifiesto en todas ellas, un empeño común de parte del redactor tendiente a vigorizar nuestra forma de Estado. Esto es así en todos los temas que hemos abordado y lo mismo ocurre con el nuevo régimen contemplado en el art. 75, inc. 2 para la sanción de la ley de coparticipación federal. También debe considerarse en el balance que estamos haciendo la revitalización de los municipios, a través del reconocimiento explícito de su autonomía, como límite al poder constituyente local, el que en adelante no podrá utilizar un régimen de mera autarquía para dotarlos de personería jurídica.

(16) Fallos: 330:1791, LA LEY, 2007-C, 110.

- Asimismo, otros artículos que hacen a la cuestión federal establecen de manera invariable el fortalecimiento del ámbito local. Así ocurre, en materia de intervención federal (art. 75, inc. 31), de nuevas potestades provinciales (art. 124, 1ª parte), de gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (art. 129). Todas estas cuestiones conjuntamente con las consideraciones particulares en materia de desarrollo territorial del inc. 19 del art. 75 ("nueva cláusula del progreso") nos están señalando un claro rumbo deseado por el constituyente de reforma, el que se sitúa en el camino de la recuperación del federalismo.

- La consideración de nuevos ámbitos para la construcción de variadas modalidades encaminadas a asegurar la dialéctica Nación-Provincias-Municipios, han sido organizados desde una concepción proclive al protagonismo conjunto de todos los niveles de gobierno sin distinción. De este modo se termina con una dinámica caracterizada por la supresión de los niveles inferiores toda vez que se imponía la búsqueda de herramientas pasibles de asegurar un accionar conjunto.

- A nuestro entender estas observaciones que hemos realizado constituyen hoy un denominador común que obliga al intérprete, a que en caso de dudas, sobre la solución de una situación particular, deba optar por aquel temperamento que se traduzca desde el ángulo jurídico-institucional en una revalorización de las reglas que inspiran a nuestro sistema federal.

- Es nuestra opinión, que el constituyente ha apostado a favor de un modelo federal de concertación que ubica a la Argentina en el camino hacia el fortalecimiento de la periferia, a fin de reequilibrar el excesivo vigor que han acusado las fuerzas centrípetas en la historia de nuestro federalismo. De este modo será posible compensar la excesiva concentración de poder que puede resultar del proceso de integración continental que hemos inaugurado junto a las naciones limítrofes.

- Desafortunadamente, nuestros comentarios se circunscriben a la descripción de las disposiciones constitucionales, nada decimos sobre experiencias en materia de aplicación. Ello es así, pues más allá de las aspiraciones del constituyente, la labor legislativa no las ha acompañado. Tomemos por caso, lo relativo a coparticipación impositiva y podremos comprobar que pese a que se imponía la sanción de un nuevo régimen en la materia *antes de la finalización del año 1996* (Cláusula transitoria 6ª), nada se hecho al respecto. Como consecuencia de ello el ejecutivo nacional ha invadido de tal manera las potestades provinciales, que la situación

en este punto tan sensible para la existencia de un federalismo real es mucho peor que la que existía antes de la reforma del '94.

4. Relaciones entre el Estado Federal y las Provincias

a) Distribución de competencias

El reparto de competencias entre la Nación y las Provincias surge de la aplicación del art. 121, que obedece al llamado principio de reserva, según el cual las provincias conservan todas las atribuciones que no hayan sido objeto de delegación expresa al Estado federal en el texto de la Ley Fundamental "*... y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación*". Es decir, que la Nación posee una competencia de excepción, ya que ella debe resultar de una delegación expresa, hecha a su favor por parte de las provincias. Las provincias tienen una competencia general, conformada por todas las atribuciones remanentes, o sea, todas aquellas que no le han sido expresamente reconocidas al gobierno federal. El último párrafo de la norma proviene de su modificación en 1860, con motivo de la incorporación de la Provincia de Buenos Aires a la por entonces Confederación Argentina[17].

Sin embargo, la "praxis" constitucional desmiente el principio que parece desprenderse de la norma contenida en el art. 121 sobre la mayor concentración de facultades en las provincias, puesto que de las facultades delegadas expresamente al Estado federal se ha derivado una importante masa de asuntos para su tratamiento y resolución. Su contenido, eminentemente flexible, ha favorecido el creciente despliegue de actividad del gobierno federal para resolver conflictos que "por su área y dimensión" se transforman en nacionales[18].

El fenómeno de desplazamiento de funciones hacia la Nación mueve a Bidegain a sostener que "...Tal vez no sea correcto calificar a este fenómeno como se lo hace habitualmente, aludiendo a una crisis del federalismo, sino también a una dinámica del federalismo caracterizada por la adaptación de las instituciones a las condiciones cambiantes de la sociedad a cuyo servicio están dedicadas. Ese es el sentido que cabe atribuir a las transformaciones operadas en el funcionamiento de nuestro federalismo, sin que ello implique la renuncia a la posibilidad de conducir el proceso con medidas que prevengan el peligro cierto de la concentración excesiva del poder y refuercen los instrumentos de que disponen las Provincias para que no se trasladen al ámbito nacional problemas que podrían ser atendidos eficazmente en el área local o regional, mediante una acción individual o combinada..."[19].

(17) El texto original de la Constitución sancionada en 1853 correspondía al art. 101 y establecía: "Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno Federal".

(18) BIDEGAIN, CARLOS MARÍA, *Poder Político y Cambio Estructural*, p. 61 y ss.

b) Tipos de competencias

El art. 121 de la Constitución Nacional establece la regla general para el deslinde de competencias entre la Nación y las provincias. Como ya hemos visto determina una fórmula por la cual a la primera le corresponde una competencia delegada por las provincias, mientras que estas conservan todas las potestades remanentes. A continuación se desarrollan los diferentes tipos de facultades contempladas en nuestra Constitución, en lo que hace a su distribución territorial, de conformidad con una clasificación que a partir de la interpretación de diferentes cláusulas, reconoce los siguientes tipos de facultades: delegadas, concurrentes, excepcionales, reservadas, prohibidas y compartidas.

i) Facultades delegadas

Son precisamente aquellas que las provincias le han delegado al gobierno federal, por aplicación del principio general que como se ha visto consagra el art. 121. Son aquellas que han sido enunciadas expresamente en la Constitución. Fundamentalmente, las contenidas en los que enumeran las facultades de los poderes del Estado nacional, arts. 75 y 99 —que establecen las atribuciones de los poderes Legislativo y Ejecutivo, respectivamente—; en tanto los arts. 116 y 117 enumeran las competencias concedida al Poder Judicial. Además, cabe considerar las facultades implícitas del Congreso, según lo establece el art. 75, inc. 32, cuando le reconoce a este órgano la potestad de "*hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes, y todos los otros concedidos por la presente Constitución al Gobierno de la Nación Argentina*". Se trata de una disposición instrumental ya que le concede a la Nación, a través del Poder Legislativo, la posibilidad de contar con los medios necesarios para dar cumplimiento a las facultades sustantivas, esto es, aquellas que se relacionan con campos específicos de acción, como son las enumeradas en los artículos citados precedentemente para cada uno de los poderes. Esta potestad debe ser utilizada e interpretada con mucho cuidado, ya que de no ser así, puede transformarse —como en gran medida ha ocurrido en la práctica de nuestro país—, en la base para la justificación de decisiones que se basan en el

(19) BIDEGAIN, CARLOS MARÍA, ob. cit., p. 62.

ejercicio de facultades no delegadas, y como justificación se sostiene que se hace uso de esta cláusula.

ii) Facultades concurrentes

Se refieren a cuestiones que pueden ser llevadas a cabo por ambos órdenes de gobierno, dentro de sus respectivas esferas de competencia, fundamentalmente en materia impositiva y de poder de policía. Es muy difícil establecer una línea divisoria para delimitar este tipo de facultades. No obstante, la Corte Suprema, al admitir el ejercicio de poderes concurrentes, estableció criterios objetivos para su delimitación. Así, en un antiguo fallo, al efectuar el control de constitucionalidad sobre una ley impositiva local en el caso "Don Domingo Mendoza c. Provincia de San Luis"[20] concluyó que "...los actos de la Legislatura de una Provincia no pueden ser invalidados, sino en aquellos casos en que la Constitución concede al Congreso Nacional en términos expresos un exclusivo poder, o en los que el ejercicio de idénticos poderes ha sido expresamente prohibido a las provincias; o cuando hay una directa y absoluta incompatibilidad en el ejercicio de ellos por estas últimas...". Fuera de estos supuestos, según continúa diciendo el Máximo Tribunal, "...es incuestionable que las Provincias retienen una autoridad concurrente con el Congreso...". A su vez, la concurrencia de poderes surge del texto constitucional, en especial de su art. 125, en el cual se enumeran una serie de facultades reservadas a las provincias que constituyen, prácticamente, repeticiones de las potestades reconocidas al Congreso de la Nación en los incisos 18 y 19 del art. 75, referidas al progreso y al desarrollo humano, respectivamente. Por otra parte, la reforma ha reconocido, expresamente, la concurrencia de facultades entre Nación y Provincias para la creación de impuestos indirectos internos —art. 75, inc. 2—, en materia de derecho ambiental —art. 41—, con relación a los derechos de los pueblos originarios —art. 75, inc. 17—, y las vinculadas a los establecimientos de utilidad nacional —art. 75, inc. 30—.

iii) Facultades excepcionales de la Nación

Son potestades que le han sido delegadas al gobierno federal, pero para que las ejerza sólo en aquellas circunstancias de excepción que la Constitución establece. Así, por ejemplo, la facultad de declarar el estado de sitio; decretar la intervención federal; crear impuestos directos. A estas se agregan las potestades legislativas conferidas al Presidente en los arts. 76 (decretos delegados), 80 (promulgación parcial de leyes) y 99, inc. 3º (decretos de necesidad y urgencia).

(20) Fallos: 3:131.

iv) Facultades reservadas por las provincias

Estas competencias son, por un lado, las que expresamente enuncia la Constitución y, por otro, las que, con carácter residual, no fueron conferidas a la Nación, según lo dispuesto por el art. 121. Pertenecen a las mencionadas en primer término la prevista en el art. 75, inc. 12, que preserva las jurisdicciones locales para la aplicación del derecho común; las establecidas en el art. 122, referidas a las potestades de las provincias para darse sus propias instituciones y regirse por ellas, lo cual es un correlato de las normas que regulan el sistema federal, y, a su vez, las facultades reservadas a la Ciudad de Buenos Aires que enuncia el art. 129.

v) Facultades prohibidas a las provincias

El art. 126 enumera las atribuciones cuyo ejercicio les está vedado a las estados locales, por haber sido delegadas con carácter exclusivo a la Nación. Por ejemplo, la facultad de establecer aduanas y, por ende, la de crear impuestos directos externos; la de emitir moneda o las que se derivan del manejo de las relaciones exteriores. Si bien en esta última área, la reforma del '94 establece una excepción, al concederle a las provincias la facultad de celebrar convenios internacionales, dentro de un determinado marco de limitaciones (art. 124).

vi) Facultades compartidas

Son aquellas que requieren de la voluntad de ambos órdenes de gobierno, el nacional y el provincial, para su concreción. Por ejemplo, la sanción de la ley convenio para establecer el régimen de coparticipación federal de impuestos que establece el art. 75, inc. 2; o bien, la formación de una nueva provincia, art. 13 CN.

5. INTERVENCIÓN FEDERAL

a) Concepto. Regulación constitucional

La intervención federal constituye, junto con el estado de sitio regulado en el art. 23 CN, un instituto de emergencia, cuya finalidad es restablecer el orden institucional quebrantado por conflictos internos o ataque exterior. Al respecto, el art. 6º CN, establece que: *"El Gobierno federal interviene en el territorio de las provincias para garantizar la forma republicana de gobierno, repeler invasiones exteriores, y a requisición de*

sus autoridades constituidas para sostenerlas o restablecerlas, si hubiesen sido depuestas por la sedición, o por invasión de otra provincia". Esta facultad excepcional del gobierno federal es una derivación lógica de la garantía federal instituida en el art. 5º de la Constitución, pues contempla el modo de hacerla efectiva en aquellos casos en que los estados locales vulneren las condiciones impuestas por la Nación con el fin de asegurar las autonomías provinciales.

b) Iniciativa

La Constitución determina que el ejercicio de la presente atribución del gobierno federal puede ser ejercitada[21] de dos formas diferentes:

1) Por decisión del mismo gobierno federal cuando sea necesario garantizar la forma republicana de gobierno o para repeler invasiones exteriores.

2) A solicitud de las autoridades provinciales para sostenerlas en caso de peligro de su estabilidad o a fin de restablecerlas en caso de sedición o por invasión de otra provincia.

c) Causas

Las causales que pueden autorizar la intervención en cada uno de los supuestos antes indicados carecen de la claridad necesaria, en razón de lo cual hubiera sido conveniente introducir modificaciones al texto del art. 6º, sobre todo teniendo en cuenta el uso abusivo de que ha sido objeto el a lo largo de nuestra agitada historia institucional. De todos modos se puede sostener que la intervención puede ser declarada legítimamente toda vez que medie una circunstancia grave de origen interno o externo que ponga en peligro la estabilidad institucional y la misma integridad de una provincia.

d) Autoridad federal que declara la intervención

Consideramos que la utilización antojadiza y excesiva de este instituto de emergencia ha sido una de las causas —junto a las consideradas al principio del presente capítulo— que han debilitaron el federalismo argentino. El Primer Dictamen del Consejo para la Consolidación de la

(21) CSJN, 1865/05/03, "Domingo Mendoza y otro c. Provincia de San Luis", Fallos: 1:485.

Democracia (CCD)[22], consideró que "el abuso en la utilización de esta figura puede coadyuvar precisamente en la obtención del resultado contrario a la finalidad que la inspira. Es decir, el fortalecimiento excesivo de las fuerzas centrípetas, en detrimento de las fuerzas centrífugas, que en un equilibrio adecuado debe albergar todo sistema federal para poder funcionar de manera genuina. En nuestro país la intervención federal ha ocasionado en la práctica verdaderos estragos. Su utilización, encaminada a satisfacer objetivos coyunturales, se ha alejado de su verdadera finalidad: asegurar la vigencia de los principios del Estado de Derecho en toda la Nación y su integridad territorial".

Por ello manifestaba que para defender la autonomía de las provincias y el sistema federal se requería la introducción de modificaciones al ejercicio de esta facultad. El mencionado organismo aconsejó que esta medida sólo fuera competencia del Congreso de la Nación, para aventar un eventual abuso de poder por parte del Ejecutivo Nacional. Para ello, se tomó en consideración que el Ejecutivo había dispuesto la intervención de una provincia en oportunidad en que el Congreso se encontraba en receso, precisamente para impedir la toma de decisión legislativa, con la oportuna deliberación pública previa, que necesariamente ella trae aparejada. Ello así el Consejo consideró con muy buen criterio que en ese caso, junto a la declaración de intervención, el Ejecutivo debía convocar al Congreso a sesiones extraordinarias con el objeto de que éste considerara, en el más breve plazo, la legitimidad de la medida, y llegado el caso la confirmara por ley o la rechazara por no estimarla pertinente.

El criterio sustentado por el CCD fue recogido por la Convención Constituyente de 1994 que, al reformar los artículos correspondientes a las atribuciones del Congreso y del Poder Ejecutivo, receptó tales recomendaciones. El art. 75 inc. 31 —modificado— enumera entre las facultades del Congreso la de disponer la intervención federal a una provincia o a la Ciudad de Buenos Aires. Esta facultad de intervención de la Ciudad de Buenos Aires es nueva y deriva del régimen de autonomía especial impuesto por el art. 129. Asimismo, la mencionada cláusula del art. 75 agrega que también le corresponde al Congreso aprobar o revocar la intervención decretada por el Poder Ejecutivo durante su receso. En armonía con esta disposición, el art. 99 inc. 20 establece que el Poder Ejecutivo puede decretar la intervención federal a una provincia sólo para el caso en que el Congreso se encuentre en receso y siempre que simultáneamente lo convoque para el tratamiento de esta medida. La facultad de convocatoria del Congreso está regulada en el inciso 9 del mismo artícu-

(22) *Reforma Constitucional, Dictamen Preliminar del Consejo para la Consolidación de la Democracia*, EUDEBA, Buenos Aires, 1986, p. 143.

lo, siempre que la convocatoria esté justificada por un grave interés de orden o de progreso.

e) Efectos de la intervención

Si bien se ha sostenido que nuestros constituyentes se basaron en el art. 4º de la Constitución de los Estados Unidos de América para dictar esta disposición, corresponde señalar que tanto la redacción de la norma como la práctica de ambos países hace que funcione de modo considerablemente distinto. La función reconocida al gobierno federal en los Estados Unidos es de ayuda al Estado en crisis y no de sustitución de la autoridad civil local, como ocurre en la práctica argentina. En nuestro país la función se ejerce en forma coercitiva y la autoridad federal sustituye a la autoridad local en forma provisoria. Con respecto a la provincia, la intervención no suprime su personalidad jurídica y conserva su autonomía.

f) El interventor federal

La Constitución formal no contiene previsiones acerca del interventor federal. Sin embargo, la Corte Suprema se ha pronunciado respecto de la naturaleza de este órgano en muchos de sus fallos. Así, en "Graboski, Alicia Liliana c. Interventor federal de la Provincia de Corrientes", sentencia del 2000/04/04, al reiterar su doctrina tradicional sostuvo: "Los interventores federales, designados por el gobierno nacional, tienen el carácter de representantes directos de éste, respecto del cual asumen la condición de agentes (...) no son funcionarios de las Provincias, sino que sustituyen a la autoridad local y ejercen facultades que la Constitución Nacional, provincial y las leyes respectivas reconocen"[23].

i) Facultades

El interventor, también denominado comisionado federal, debe sujetarse a la ley que dispone la intervención. Asimismo, debe acatar la Ley Fundamental y la Constitución provincial. La extensión de sus facultades depende, por lo tanto, de los poderes provinciales que hayan sido intervenidos. En caso de intervenirse el Poder Ejecutivo, el interventor sustituye al gobernador y tiene todas las competencias que la Constitución local le confiere por revestir esa condición, además de las atribuciones que ostenta como agente del gobierno federal. Si se interviene el

(23) Ver Fallos: 323:711.

Poder Legislativo, el interventor puede dictar decretos-leyes. En cuanto a la intervención del Poder Judicial, sus facultades se limitan a declarar en comisión a los jueces locales y a designar otros magistrados en su reemplazo, pero no puede ejercer funciones judiciales.

ii) Designación

La Constitución no establece cuál es el órgano que debe designar al interventor. Ante esa ausencia, la doctrina y la práctica constitucional han sostenido que se trata de una decisión de la competencia del Poder Ejecutivo, en uso de las atribuciones que le confería el art. 86, inciso 10 del texto de 1853, que genéricamente lo autorizaba a designar a los funcionarios cuyo nombramiento no estuviera regalado de otra forma por la Constitución. Si bien esta facultad se mantiene en el art. 99, inciso 7, consideramos que las amplias facultades otorgadas al Congreso indican que es éste quien debe disponer la designación en el acto declarativo o determinar en cada caso concreto quién realizará la designación.

iii) Naturaleza de sus actos

Los actos que dicta el interventor en sustitución de la autoridad provincial intervenida son de índole local. No así, aquellos que se derivan de su *status* de funcionario federal, como son el de disolver la legislatura o disponer el cese de los jueces provinciales. Según antigua doctrina de la Corte Suprema, al decidir cuestiones de competencia relacionadas con la actuación del comisionado federal, "los actos de naturaleza local que emanan de los interventores federales de una provincia, no pierden ese carácter en razón del origen de su investidura, por lo que su impugnación como contrarios a las normas locales no es de la competencia federal"[24].

Sin embargo, el Máximo Tribunal ha variado su jurisprudencia tradicional, al asumir competencia originaria en una causa en la que se puso en tela de juicio la validez de la ley 6667 de Santiago del Estero, dictada por el interventor con el fin de llamar a elecciones constituyentes para reformar la Constitución provincial[25].

(24) Idem.

(25) Ver caso "Zavalía, José L. c. Provincia de Santiago del Estero", sent. del 2004/09/21.

6. RÉGIMEN FINANCIERO DE LA CONSTITUCIÓN

a) Distribución de competencias

Las competencias relativas al régimen impositivo dentro del sistema federal surgen fundamentalmente de varias disposiciones constitucionales consagradas en los arts. 4°, de la parte dogmática, y 75, incs. 1, 2 y 3. El art. 4° determina que: "*El Gobierno federal provee a los gastos de la Nación con los fondos del tesoro nacional formado del producto de derechos de importación y exportación, del de venta o locación de tierras de propiedad nacional, de la renta de Correos, de las demás contribuciones que equitativa y proporcionalmente a la población imponga el Congreso General, y de los empréstitos y operaciones de crédito que decrete el mismo Congreso para urgencias de la Nación, o para empresas de utilidad nacional*". Cabe señalar que, de la nómina de recursos indicados, en la actualidad sólo tienen significación los impuestos, tanto externos (derechos de importación y exportación) como internos (directos e indirectos), y que hubiera sido conveniente adaptar su contenido a las nuevas circunstancias. La reforma de 1994 ha introducido importantes modificaciones mediante el nuevo esquema de atribuciones otorgadas al Congreso de la Nación.

b) Situación anterior a la reforma de 1994

En el texto de 1853/60, los recursos del tesoro federal surgían de lo establecido en los artículos 4° y 67, inc. 2°. Sobre la base de esas dos disposiciones se entendía, en doctrina y en jurisprudencia, que las contribuciones directas[26] eran facultad provincial, puesto que sólo excepcionalmente podía dictarlas el Congreso. Pero, dado que también estaba capacitado para imponer contribuciones equitativas y proporcionales, se consideraba que las contribuciones indirectas —sinónimo de impuestos— podían ser establecidas por el órgano legislativo federal. Se respetó así la primacía de las provincias para proveer a sus propios tesoros con los fondos de los impuestos directos que ellas impusieran, mientras que los indirectos podían provenir de ley del Congreso de la Nación —habilitado por el art. 4°— o por las provincias en forma concurrente y sin que uno excluyera al otro.

(26) Conforme a una antigua clasificación los impuestos directos son aquellos que gravan manifestaciones directas de riqueza (p.ej.: ganancias); mientras que los indirectos son aquellos que lo hacen sobre manifestaciones indirectas (p.ej.: el consumo de bienes o servicios).

No obstante, merced al progreso y mayor complejidad de la economía, al poco tiempo las provincias, comenzaron a imponer contribuciones indirectas sobre hechos imponibles alcanzados por impuestos nacionales. Esto ocasionó el éxodo de industrias que por este sistema debían soportar una carga impositiva doble pero legal, a lo que podía agregarse una triple imposición de fuente municipal. La consecuencia de este fenómeno fue la instalación de las industrias en los Estados locales que no ejercieran dicha atribución y en la cual sólo debieran soportar las cargas impuestas por la Nación. Tal situación, sumada al proceso de avance de la concentración del manejo de la economía en manos de autoridades nacionales y la pauperización progresiva de las economías provinciales, condujo al surgimiento de regímenes de coparticipación federal. Estos consistieron en la celebración de acuerdos de las provincias con el Estado federal para determinar las reglas referidas a la percepción del dinero recaudado a través de distintas contribuciones tanto directas como indirectas. Pero todas pasaron a ser percibidas por el Estado federal quien luego, merced a las alícuotas fijadas en el acuerdo, repartía el producido con las Provincias.

Estas leyes-convenio fueron conformando en los diversos aspectos de la cuestión impositiva la voluntad común de los órganos estatales. En tal sentido, la Corte Suprema sostuvo que si una provincia se adhiere a un régimen de reciprocidad, éste debe considerarse incorporado a la legislación local[27]. Bidart Campos señala que una ley-contrato emanada del gobierno nacional con adhesión de las provincias, es legislación nacional y provincial, no sólo provincial, y tiene prioridad sobre la legislación provincial[28]. El sistema descrito se desarrolló desde 1932 al margen de lo dispuesto por la Constitución formal y operó una mutación al cambiar la forma de ejercicio de las atribuciones impositivas. Señala Frías que no es la delegación de la facultad de recaudar, sino de la de legislar en materia impositiva por parte de las Provincias, la que despierta el interrogante sobre su constitucionalidad, ya que los elementos de las obligaciones tributarias son establecidos por leyes de la Nación[29].

c) La coparticipación federal. Consagración constitucional

Antes de su consagración constitucional, el fenómeno de la coparticipación y los acuerdos Nación-Provincia, ya se venían utilizando en nuestro sistema. Al respecto, podemos citar como antecedentes a la

(27) Ver "Tomatti, Armando H. c. Gobierno Nacional", sent. del 1978/04/25.

(28) Ver FRÍAS, PEDRO J., *Introducción al Derecho Público Provincial*, Depalma, p. 236.

(29) Ob. cit., p. 141 y ss.

ley 20.221[30] de 1986 que estableció el sistema de coparticipación de impuestos entre la Nación y las provincias, denominado "Convenio Financiero Transitorio de Distribución de Recursos Federales a las Provincias". Ya más próxima a la reforma, se sancionó la ley 24.130[31] de 1992, de "Convenios con las Provincias sobre coparticipación federal". Esta ratifica el acuerdo entre el gobierno nacional y los gobiernos provinciales en la medida que suspende los efectos de las normas impositivas que se opongan al mismo. No podemos dejar de mencionar que el art. 1º autoriza al gobierno nacional a retener un 15% con más una suma fija de la masa de impuestos coparticipables prevista en la ley 23.548 en concepto de aportes de todos los niveles estatales que integran la "Federación" para los siguientes destinos: 15% para el pago de obligaciones previsionales, una suma fija para cubrir los desequilibrios fiscales de las provincias, al solo efecto de clarificar el funcionamiento del sistema diremos que la suma total de 43.800.000 pesos se distribuyó de la siguiente manera: Santa Cruz, Tierra del Fuego, y Chubut: $ 3.000.000 cada una; Río Negro, La Pampa, Neuquén y Salta: $ 2.500.000; Catamarca, Formosa, Jujuy, La Rioja, San Juan, Santiago del Estero, Tucumán, Mendoza, Misiones y San Luis: $ 2.200.000 cada una; *Entre Ríos* $ 1.900.000, y *finalmente Córdoba* y Santa Fe $ 500.000 cada una, para afrontar los costos de los servicios ferroviarios. Se advierte que no están todas las provincias, ni la Ciudad de Buenos Aires, que toda vía seguía siendo una municipalidad, por cuanto fue la reforma del año 1994, la que el reconoció autonomía.

Producida la reforma la facultad de la Nación de recaudar impuestos que originariamente era de las provincias y luego distribuirlos, adquirió rango constitucional. El inc. 1º del art. 75 —anterior art. 67, inc. 1, que no ha sido modificado— , le otorga al Congreso la facultad exclusiva para legislar *en materia aduanera. De tal forma se enfatiza el criterio sustentado* en todo el texto constitucional acerca del monopolio de las aduanas por parte del Estado federal. También se le otorga facultad exclusiva para establecer los derechos de importación y exportación (impuestos indirectos externos); pero, en esta materia debemos destacar que la inclusión de nuestro país en el proceso de integración denominado MERCOSUR —que el nuevo texto constitucional alienta, en especial aquellos celebrados con países latinoamericanos— modifica dicha facultad, ya que tales derechos pueden ser discutidos o establecidos por órganos supranacionales o por decisiones multilaterales de los Estados miembros.

(30) Ley 20.221. Sistema de coparticipación de impuestos entre la Nación y las Provincias. Convenio Financiero Transitorio de Distribución de Recursos Federales a las Provincias, 1986.

(31) B.O. 1992/09/22.

El inc. 2º innova respecto del régimen anterior, ya que expresamente habilita al Congreso a imponer contribuciones indirectas, como facultad concurrente con las provincias. Según la norma, estos impuestos son coparticipables, salvo aquellos que tengan una asignación específica. Pero la forma en que se realizará esta coparticipación se deja librada al dictado de una ley-convenio, que deberá reconocer como antecedente los pactos celebrados previamente. La única imposición constitucional a la ley que regule el régimen de coparticipación es la de que establezca la automaticidad en la remisión de los fondos. Otra pauta que los constituyentes determinaron, respecto del sistema de distribución entre Nación, Provincias y Ciudad de Buenos Aires de lo recaudado mediante los impuestos directos e indirectos, consiste en un criterio de proporcionalidad respecto de los servicios y funciones prestados por cada uno de ellos; pero, esta proporcionalidad no debe ser aritmética sino atender a un desarrollo equivalente de las distintas unidades que integran la Nación. Recordemos que dicha regla ya estaba consagrada en el texto de 1853 (arts. 4º y 67, inc. 2) como relativa a la riqueza y no a las personas. La norma pareciera tener como objetivo además establecer una política de Estado basada en la igualdad de oportunidades entre las provincias y el logro de un desarrollo armónico en todo el territorio, en forma análoga al principio de igualdad consagrado a favor de los habitantes en los arts. 14 bis y 16 y concordantes de la Constitución. Esta norma se complementa con el mandato del inciso 19, segundo párrafo, que fija entre las atribuciones del Congreso la de proveer al crecimiento armónico de la Nación y a equilibrar el desigual desarrollo relativo de las provincias y regiones. El párrafo cuarto del inc. 2º del art. 75 establece el trámite parlamentario de la ley-convenio a la que remite la norma.

Dada la índole de la materia regulada se determina que el Senado actuará como Cámara de origen y exige una mayoría agravada considerable para su aprobación, igual a la de los miembros totales de ambas Cámaras. Según la cláusula transitoria sexta, la ley de referencia debía haber sido dictada antes de la finalización del año 1996. Además, la norma establece que la ley-convenio no puede ser modificada unilateralmente, afirmación innecesaria ya que una ley dictada por el Congreso sólo es susceptible de ser modificada o derogada por el mismo medio. También se agrega que no puede ser reglamentada, sin aclarar a quien va dirigida esta prohibición: si al Poder Ejecutivo en su facultad reglamentaria de leyes —art. 99, inc. 2º— o a las provincias.

Estimamos que la prohibición está dirigida al Poder Ejecutivo, a fin de evitar que en uso de dicha facultad desnaturalice el acuerdo alcanzado en la ley-convenio. Pero, si así lo hiciere, estaría actuando en violación al principio de razonabilidad y en exceso de las facultades otorgadas, por lo que podría declararse su inconstitucionalidad sin necesidad de esta

cláusula. Hasta el momento se sigue utilizando el sistema anterior a la reforma, así la ley 25.570 del 2002[32], ratifica el "Acuerdo Nación Provincias sobre relación financiera y bases de un régimen de coparticipación federal de impuestos celebrado entre el Estado Nacional, los Estados Provinciales y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires". Lamentablemente se pueden leer en su articulado disposiciones que en nada condicen con la constitucionalización consagrada en las normas que comentamos. El art. 4° del Acuerdo dice: " Las partes acuerdan dejar sin efecto todas las garantías sobre los niveles a transferir por el Gobierno Nacional, correspondientes a los regímenes comprendidos en los artículos precedentes", en otras disposiciones se reemplazan artículos de la anterior ley en virtud de lo establecido en el inc. 3 del art. 75, cuyo texto claramente se refiere a la competencia del Congreso para establecer asignaciones específicas de recursos coparticipables, requiriéndose la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara. En nombre de este inciso por ejemplo se dejan sin efecto dos artículos de la anterior ley reemplazándolo por el siguiente: "Las partes acuerdan modificar en los términos del art. 75, inc. 3º de la Constitución Nacional el art. 3° de la ley 25.413, el que quedará redactado de la siguiente manera: 'El 70 % de este impuesto ingresará al Tesoro Nacional y lo administrará el Poder Ejecutivo Nacional con destino a la atención de los gastos que ocasione la Emergencia Pública declarada en el artículo 1° de la ley 25.561'". Creemos que cualquier comentario pecaría por excesivo, redundante e innecesario.

d) Transferencia de competencias y control del sistema

Según dispone el párrafo quinto del inciso 2º, la transferencia de una función o servicio debe estar acompañada de una modificación en la reasignación de recursos. En consecuencia, la decisión de tal transferencia debe realizarse juntamente con la modificación de la ley de coparticipación y se establece su aprobación por ley del Congreso si así corresponde y por la provincia interesada o la Ciudad de Buenos Aires en su caso. La norma finaliza con la creación de un organismo fiscal para la supervisión y control del sistema de coparticipación, pero no establece pautas para su creación y composición, excepto la necesidad de que se fije por ley y que respete la representación de todas las provincias y de la Ciudad de Buenos Aires. Este organismo debió haberse reglamentado antes de la finalización del año 1996, según la disposición transitoria sexta. Estimamos que podría haberse atribuido esta función a organismos ya existentes, buscando una adaptación de sus estatutos a los requisitos impuestos

(32) B.O. 2002/05/06.

por la Constitución, a efectos de evitar la dispersión de funciones entre distintos órganos de gobierno y la creación de nuevas estructuras.

e) Asignaciones específicas de recursos coparticipables

El establecimiento y modificación de asignaciones específicas de recursos se encuentra prevista en el inc. 3º del art. 75 y sólo está permitida por tiempo determinado. Su finalidad es la de cubrir una necesidad temporaria y concreta de una provincia o de la Ciudad de Buenos Aires mediante tal recurso; pero, dicha reasignación debe ser aprobada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

7. POSTULADOS CONSTITUCIONALES DE LA TRIBUTACIÓN

La Ley Fundamental establece un marco general en materia impositiva que está determinado en disposiciones que contemplan ciertos postulados fundamentales en la materia. Los siguientes son los principios jurídicos constitucionales que fijan los límites al poder tributario del Estado: a) legalidad; b) igualdad; c) generalidad; d) razonabilidad y e) de no confiscatoriedad.

a) Principio de legalidad

Como ya veremos en el Capítulo VIII se trata de uno de los postulados esenciales del Estado moderno que en su aplicación a la materia impositiva, se refiere a que todo tributo debe ser creado por una ley. Se trata, básicamente, de trasladar a la materia tributaria la pauta del art. 19 de la Constitución Nacional, que establece que nadie puede ser obligado a hacer lo que la ley no manda. A su vez, el principio de legalidad tributaria surge explícitamente del art. 17 CN, en cuanto establece que sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el art. 4°. Entre sus antecedentes cabe citar a la Carta Magna inglesa de 1215 de la que surgió el adagio que expresa: *no taxation without representation* que pone de manifiesto la gran antigüedad que exhibe este tan importante precepto del constitucionalismo.

b) Principio general de igualdad

Aparece en la en el art. 16 de la Constitución Nacional que establece que en la Nación Argentina *"todos sus habitantes son iguales ante la ley..."*. Luego de este postulado general el constituyente recalca la apli-

cación del mismo para la materia tributaria cuando manifiesta que *"la igualdad es la base del impuesto..."*. En efecto, la igualdad como base del impuesto y de las cargas públicas está contenida en los arts. 4°, 16 y 75, inc. 2, y significa que el impuesto debe ser igual para todos los habitantes del país que se encuentran en las mismas condiciones, ante iguales circunstancias, y con igual capacidad tributaria.

En relación con las cláusulas citadas, Villegas observa la utilización combinada de las nociones de *"igualdad"*, *"equidad"*, y *"proporcionalidad"*. Esa conexión de tan trascendentales conceptos torna viable llegar a la siguiente conclusión: la *igualdad* a que se refiere la Constitución como "base" del impuesto, es la contribución de todos los habitantes del suelo argentino según su aptitud patrimonial de prestación. El concepto se complementa por el de proporcionalidad que no se refiere al número de habitantes sino a la cantidad de riqueza gravada y refuerza axiológicamente con el de equidad, principio, éste, que se opone a la arbitrariedad y que se entiende cumplido cuando la imposición es justa y razonable(33).

Ello es lo que se desprende del espíritu de la Constitución conforme al objetivo deseado por quienes la plasmaron: que cada persona contribuya a la cobertura de las erogaciones estatales en "equitativa proporción" a su aptitud económica de pago público, es decir, a su capacidad contributiva.

La existencia de desigualdades naturales justifica, según Linares Quintana, la creación de categorías de contribuyentes sujetos a tasas diferentes, siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

a) Razonabilidad de la categoría, es decir que la clasificación corresponda a distinciones reales, que no necesariamente deben referirse a consideraciones económicas: es constitucional la clasificación de los contribuyentes fundadas en razones de conveniencia, justicia social y bien común.

b) La clasificación debe excluir toda discriminación arbitraria, injusta u hostil contra determinadas personas o categorías de personas.

c) Todos los contribuyentes comprendidos en una misma categoría deben recibir igual trato.

d) El trato diferencial aplicado a los contribuyentes debe comportar una justa igualdad que la Constitución llama equidad.

(33) VILLEGAS, HÉCTOR B., *Curso de Finanzas, derecho financiero y tributario*, Depalma, Buenos Aires, 1999.

e) El trato diferencial debe respetar la uniformidad y generalidad del tributo.

f) *Debe existir proporcionalidad de la contribución con relación a la capacidad tributaria del habitante;* vale aclarar que el concepto de proporcionalidad incluye el de progresividad(34).

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sufrido una evolución en lo atinente al significado del principio de igualdad. En el año 1875 sostuvo que la igualdad no es un criterio matemático, preciso y absoluto, sino relativo. Las leyes tributarias deben ser iguales con relación a quienes están en igualdad de condiciones(35).

En 1923, a modo de corolario de lo expresado con anterioridad, la Corte aceptó la posibilidad de "distingos" en las leyes fiscales, siempre que estos distingos no tengan propósitos determinados de hostilización o favorecimiento. No es aceptable, por ejemplo, que se hagan distinciones impositivas según el color o la raza de las personas. Como tampoco lo sería, ya en relación con el tema bajo análisis, que a través de distingos forzados, susceptibles de producir enfrentamientos entre provincias, cual si se tratara de estados independientes, se definieran políticas que produzcan asimetrías injustificadas en el seno de una federación como es la República Argentina. Esto ocurre cuando en materia impositiva, una provincia logra una ventaja comparativa en relación con otra que la coloca a esta última en una situación de injustificada, irrazonable e inequitativa, posición de inferioridad frente a la primera.

Es cierto que en 1926 la Corte Suprema afirma que existe facultad de distingos, pero que esta facultad no deber ser discrecional y arbitraria, sino razonable(36). Luego, respecto de la igualdad como base del impuesto, sólo exige que *en condiciones análogas se impongan gravámenes idénticos a los contribuyentes*(37). Asimismo, de los fallos de la Corte(38) se desprende que las cargas impuestas a un sector de la población a favor de otro requieren, para su constitucionalidad, que:

a) entre los obligados a contribuir y los beneficiarios del régimen medie una relación jurídica justificante;

(34) LINARES QUINTANA, SEGUNDO V., *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, t. 4, Plus Ultra, Buenos Aires, 1978.

(35) Fallos: 16:118.

(36) JA, 19-449.

(37) Fallos: 188:464.

(38) CSJN, *in re*: "Caja de Previsión Social de Médicos, Bioquímicos, Odontólogos, Farmacéuticos, Médicos Veterinarios y Obstetras de Córdoba c. Casa Raúl Gianni", 1961/08/31, y "El Comercio de Córdoba Cía. de Seguros c. Instituto de Previsión Social de la Provincia de Córdoba", 1964/05/29.

b) los obligados a contribuir obtengan un beneficio concreto, específico y diferenciado, distinto del interés común basado en el bienestar de un sector determinado de la población.

Faltando ambos recaudos, no resulta válido gravar a un sector de la población con una carga de la cual no resulta beneficiaria toda la sociedad, sino sólo una parte de ella. También ha dicho la Corte en esta temática que la norma constitucional según la cual la igualdad es la base del impuesto y las cargas públicas no excluye la facultad de la municipalidad para establecer grupos o distinciones o formar categorías de contribuyentes, siempre que tales clasificaciones no revistan el carácter de *arbitrarias* o estén inspiradas en un *propósito manifiesto de hostilidad* contra determinadas clases y personas[39].

Por último, en lo que respecta a las exenciones fiscales, el Máximo Tribunal, ha expresado que configuran un privilegio que sólo en situaciones de verdadera excepción y beneficio general admiten respaldo constitucional, por agraviar el principio de igualdad de las cargas públicas[40]. Y la derogación de una exención tributaria reafirma el principio de igualdad, que es la base del impuesto y de las cargas públicas (art. 16, *in fine*, de la Constitución Nacional) e importa, obviamente, la intención del legislador de que el gravamen sea soportado por quien resultaba ser titular del beneficio[41].

Es de destacar que la reforma constitucional de 1994 otorgó jerarquía constitucional a distintos tratados internacionales de derechos humanos en su nuevo art. 75 inc. 22, y muchos de ellos regulan expresamente el principio de igualdad. En tal sentido, el principio de igualdad es consagrado y desarrollado por los siguientes tratados:

- La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en su art. II.
- La Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su art. 7°.
- El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en sus arts. 2° (inc. 2), 3°, 7°, 10, 12 y 13.
- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en sus arts. 2°, 3°, 24, 26 y 27.
- La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en sus arts. 1° y 24.

(39) Fallos: 162:415; 181:399; 184:331; 185:12.
(40) Fallos: 322: 1926.
(41) Fallos: 321: 2683.

- La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, en sus arts. 1° (inc. 1) y 5°, se refiere específicamente a la discriminación por motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico.
- La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, en sus arts. 1°, 2° y concs., consagra iguales principios para la mujer al nivelarla en el goce y ejercicio de los derechos que a los hombres corresponden.
- La Convención sobre Derechos del Niño insiste en su art. 2° en la cláusula igualitaria y en la eliminación de discriminaciones respecto del niño como de sus padres, tutores o familiares.

c) Principio de generalidad

Giuliani Fonrouge[42] destaca que éste es una "derivación del principio de igualdad, pues es menester que los tributos se apliquen con generalidad, esto es, abarcando integralmente las categorías de personas o de bienes previstas en la ley y no una parte de ellas. Quiérese significar con ello, que no deben resultar afectadas personas o bienes determinados singularmente, pues en tal supuesto los tributos adquirirían carácter persecutorio o de discriminación odiosa". Y luego, citando a Flores Zabala, agrega que "el gravamen debe establecerse en tal forma, que cualquier persona cuya situación coincida con la señalada como hecho generador del crédito fiscal, debe ser sujeto del impuesto".

Para la Corte Suprema tanto la generalidad como la uniformidad impositiva constituyen prerrequisitos esenciales para que se pueda concretar la igualdad impositiva como regla, por lo tanto no se puede admitir que se grave a una parte de la población en detrimento de otra[43]. Toda exención al pago de impuestos constituye una excepción precisamente a este principio que sólo puede justificarse constitucionalmente por motivos de orden económico o social, que resulten razonables para el criterio del legislador. Generalmente este tipo de decisión tiene por objetivo el logro de una meta de justicia social o el impulso de emprendimientos que resulten útiles para la comunidad en su conjunto o para que se logre el desarrollo de alguna porción del territorio nacional. Es este el sentido que debe dársele a la disposición constitucional contenida en el inc. 19 del art. 75 cuando expresa entre las potestades del Congreso nacional la

(42) GIULIANI FONROUGE, CARLOS M., *Derecho Financiero*, vol. I, 3ª edición, Buenos Aires., Depalma, 1982, p. 306.
(43) Fallos: 157:359; 162:240; 168:305; 175:102; 178:80; 178:231; 184:50; 190:277.

de *"promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones"*.

Nuestro Máximo Tribunal en "Cerro Castillo c. Provincia del Chubut" 1987/11/26 [44], declaró la inconstitucionalidad de la ley provincial 2454 por la cual se estableció una contribución del 8% sobre los recursos que se obtienen en las explotaciones mineras, cuya alícuota se reduce en hasta un 50% cuando los productos se destinen a su procesamiento e industrialización en establecimientos radicados en la provincia. La Corte sostuvo que esa ley era contraria a los arts. 9°, 10, 11 y 12 de la Constitución porque estableció un verdadero impuesto a la extracción de productos de la provincia y que además violaba el principio de igualdad y lo dispuesto en los arts. 107 y 108.

En su dictamen el entonces procurador fiscal José O. Casás señaló que la Constitución en sus arts. 9, 10 y 11 se propuso reprimir las aduanas interiores y toda imposición, cualquiera fuese su denominación, que afecte el hecho mínimo del tránsito o simple pasaje de productos. Se estableció así una protección contra los tributos que discriminen en razón del origen o destino del tránsito comercial. De acuerdo a la doctrina de la Corte, las provincias conservan todas las facultades no delegadas al gobierno federal (art. 121 CN) y por consiguiente pueden establecer tributos sobre las cosas que forman parte de su riqueza general, mientras no contraríen los principios de la Constitución. Juntamente con su propósito de allegar fondos al tesoro público, los tributos constituyen un valioso instrumento de regulación de la economía. En la causa "Bressani c. Provincia de Mendoza" [45] la Corte declaró que "la Constitución ha querido hacer un solo país, para un solo pueblo... no habría Nación si cada provincia se condujera económicamente como una potencia independiente. Pero no se ha propuesto hacer una Nación centralizada. La Constitución ha fundado una unión indestructible, pero de estados indestructibles...".

Cabe identificar una familia de fallos de la Corte que han descalificado tributos diferenciales, en función de los parámetros que nos permiten agruparlos del modo siguiente:

1. Se descalificaron, por afectar el principio de igualdad, las normas de la Provincia de Buenos Aires que establecieron patentes diferenciales a corredores y repartidores, según su distinta residencia en la República. La doctrina se basó en la posición de la Corte que entiende la igualdad impositiva como la igualdad de tratamiento a iguales. De esos pronunciamientos pueden extraerse varias conclusiones:

   a) El sistema adoptado por la Constitución en materia de circulación territorial y de comercio interprovincial y exterior, consiste en hacer un solo territorio para un solo pueblo;

   b) Lo que la Constitución suprimió en su art. 10 no fue sólo la aduana provincial sino la aduana interior;

   c) Las provincias no se hallan autorizadas para dictar leyes o reglamentos de carácter general o municipal que comporten, directa o indirectamente, trabar o perturbar de cualquier modo la libre circulación territorial, o que pueda afectar el derecho a reglamentar el comercio, conferido al Congreso de la Nación con el carácter de una facultad exclusiva;

   d) La ley que grava en forma diferente a los dependientes, agentes, comisionistas y viajantes vendedores, según pertenezcan a casas establecidas en la provincia o fuera de ella, crea un impuesto diferencial arbitrario que dificulta el comercio interno e infringe la garantía contenida en el art. 16 CN;

   e) Cualquier gravamen que cree desigualdades entre los contribuyentes por razones de vecindad dentro de la República es inconstitucional.

2. También se invalidaron los gravámenes que pretendieron cobrar algunas provincias por el solo hecho de la introducción en su jurisdicción de mercaderías discriminándolas en función de su origen. En esos decisorios estableció que:

   a) Las provincias pueden gravar con impuestos las mercaderías que se han introducido desde otras y que están incorporadas a su riqueza general; pero si el gravamen se basa en esa procedencia o establece diferencias en perjuicio de las mismas y en beneficio de las de origen local, sale de su esfera de acción y es violatoria de los arts. 9° y 10 CN.

   b) La libre circulación significa que los productos no pueden ser gravados por el solo hecho de atravesar el suelo de una provincia.

En suma, de permitirse esta suerte de barreras se estaría afectando a la Constitución como sistema orientado a un federalismo racional, que posibilite el desarrollo y autonomía de los gobiernos locales, pero sin atentar contra el objetivo central y primario de *constituir la unión nacional* (tal como reza el Preámbulo).

(44) Fallos: 310:2443, LA LEY, 1988-E, 120.
(45) Fallos: 178:9, LA LEY, 6-989.

BIBLIOGRAFÍA

- BIDART CAMPOS, GERMÁN, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, t. VI, Ediar, Buenos Aires, p. 517.
- BIDEGAIN, CARLOS M., *Cuadernos del curso de derecho constitucional*, t. III, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1980, p. 40.
- FRÍAS, PEDRO J., *Introducción al derecho público provincial*, Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 233.
- FRÍAS, PEDRO J., "El federalismo posible en la Argentina finisecular", en: *La reforma constitucional argentina*, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Buenos Aires, 1994, p. 134.
- HERNÁNDEZ, ANTONIO MARÍA, *Derecho Constitucional*, Ed. Universidad, ps. 675/732.
- HERNÁNDEZ, ANTONIO MARÍA, *Federalismo, Autonomía Municipal y Ciudad de Buenos Aires en la reforma de 1994*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1997.
- MANILI, PABLO L., *Establecimientos de utilidad nacional*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 2004, p. 18.
- SABSAY, DANIEL A. y ONAINDIA, JOSÉ M., "La Constitución de los argentinos", 7º Edición, Errepar, Buenos Aires, 2009.
- SEISDEDOS, FELIPE, *Establecimientos de utilidad nacional*, en: P. GUILHOU y otros, *Atribuciones del Congreso argentino*, Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 440.

CAPÍTULO VI

DERECHO PÚBLICO PROVINCIAL

SUMARIO: 1. El poder constituyente de las provincias. a) La estructura del poder. i) El Poder Ejecutivo. ii) Poder Legislativo. b) Las relaciones Legislativo-Ejecutivo. c) Presencia del Gobernador en el Poder Legislativo. d) Trámite de urgencia. e) Decretos de necesidad y urgencia. e) Veto y promulgación parcial de leyes. f) Formas de control del Ejecutivo por parte del Legislativo. g) Las modificaciones al proceso de toma de decisión. i) Iniciativa legislativa. ii) Doble lectura. iii) Aprobación tácita de proyectos. iv) Aprobación de proyectos en comisión. v) Tratamiento especial de proyectos. vi) Clasificación de leyes. h) Organos de asesoramiento y consulta. i) Los nuevos mecanismos de control de la actividad de la administración. i) Organos de control externo. i.1) Tribunal de Cuentas. i.2) Fiscalía de Investigaciones Administrativas. ii) Organos de control interno. ii.1) Fiscal de Estado. ii.2) Contaduría general. ii.3) El Ombudsman. j) Obligación del Poder Ejecutivo de brindar información al Poder Legislativo. k) El sistema electoral. i) Con relación al Poder Ejecutivo. ii) Con relación al Poder Legislativo.— 2. Los tratados interprovinciales. a) El derecho aplicable a los tratados parciales. b) La reforma constitucional de 1994 y los tratados parciales. c) Observancia e interpretación. d) Consideraciones finales.— 3. Los municipios en el derecho público argentino. a) El régimen municipal en la Constitución Nacional. b) El régimen municipal en las Constituciones provinciales.— Bibliografía.

El presente capítulo se compone de tres partes en las que abordamos sucesivamente los siguientes tópicos: el poder constituyente provincial que contempla la determinación de su alcance y el análisis de las principales características del marco jurídico constitucional que se han dado las provincias; luego, los tratados interprovinciales que es otra facultad que la Constitución Nacional les reconoce a las provincias y que se ha constituido en una herramienta importante para la construcción de un federalismo de concertación; por último, la problemática municipal, tanto en la Constitución Nacional como en las provinciales.

1. EL PODER CONSTITUYENTE DE LAS PROVINCIAS

La Constitución argentina ha adoptado la forma federal de Estado. La federación argentina actualmente se compone de veintitrés provincias, y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. El federalismo consagrado

en nuestro texto ha optado por el esquema de distribución de poderes entre la Nación (Estado federal) y las provincias en el art. 121, conforme al cual *"las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al gobierno federal..."*. Entre las facultades que las provincias se han reservado para sí se encuentra el dictado de sus propias Constituciones. Así, el art. 5° de la Constitución les reconoce a las provincias esta atribución, cumpliendo con los requisitos que esta norma les impone. Es necesario destacar que el dictado de su Constitución no es una atribución optativa para las provincias, ya que la última parte del referido artículo expresa *"Bajo estas condiciones el Gobierno federal garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones"*. De modo tal que las provincias poseen un poder constituyente secundario, dada la relación de subordinación que ellas tienen respecto de la Nación que es la titular del poder constituyente primario. Como corolario natural de lo que se ha afirmado, dicha potestad-condición, está limitada al respeto del sistema democrático de organización política y de los principios, declaraciones y garantías consagrados en la CN a las que se agregan las restantes tres condiciones contempladas en la cláusula mencionada. De tal forma, en primer lugar las provincias deben dictar sus Constituciones y, en segundo término, las Constituciones provinciales deben instaurar un sistema a imagen y semejanza del federal en lo que respecta a su organización esencial.

Su autonomía se manifiesta en la posibilidad de consagrar mayores derechos y garantías a sus habitantes y en la adaptación del régimen de gobierno a las peculiaridades de cada unidad política. En lo que hace a la organización de sus instituciones de gobierno puede elegir entre las formas democráticas, sea ésta la forma presidencialista, parlamentaria o mixta. Les queda vedada a las provincias la posibilidad de instaurar un régimen autocrático, como natural consecuencia de la primera imposición relativa a la forma de gobierno, que debe ser, como se ha visto, republicana y representativa. En relación con los contenidos dogmáticos las provincias pueden maximizar el "plexo de derechos de la Constitución federal, manejando como punto central que el deber provincial de correspondencia con la parte dogmática donde se contienen la declaración de derechos, es un mínimo que las provincias tienen que acatar, respetar y cumplir, pero que pueden superar con un plus de mejoras que suscita competencia provincial"[1].

La organización constitucional de cada provincia debe asegurar la administración de justicia para dirimir los conflictos que de acuerdo con

(1) BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, t. V, El sistema de derechos y el constitucionalismo provincial, Ediar, Buenos Aires 1994, p. 39.

la distribución de competencias corresponda a los tribunales provinciales. Así mismo dicha administración debe resultar independiente de los demás órganos de gobierno provincial ya que la división de poderes resulta esencial para el funcionamiento del régimen democrático. En realidad esta exigencia subraya uno de los componentes fundamentales del "sistema representativo republicano" establecido en el art. 5º CN como primera exigencia del poder constituyente primario dirigida al secundario, por tanto podría haber sido obviada su mención. Sin embargo, el constituyente originario quiso enfatizar la manda, consciente de la importancia para el Estado de Derecho que tiene esta cuestión y de las dificultades que se presentarían en nuestro país —dados sus antecedentes históricos— para el logro de su efectiva puesta en marcha.

Resulta muy significativa la obligación impuesta a las provincias de garantizar la educación primaria, siendo evidente la importancia que el constituyente de 1853 le otorgó a la educación como también su carácter de facultad esencial del Estado. La organización de la educación primaria en las provincias, a partir de la reforma introducida por el art. 75 inc. 19, debe también respetar los principios que consagra para la educación nacional, tales como la gratuidad y equidad de la enseñanza pública.

Desde la reinstauración del régimen constitucional en 1983 hasta la fecha, la mayoría de las provincias ejercieron su potestad constituyente e introdujeron reformas a sus Constituciones que anticiparon el proceso reformador a nivel nacional. Muchas de las instituciones incorporadas por la Convención Constituyente de 1994 tuvieron como fuente a las reformas producidas en los textos constitucionales provinciales. En especial han sido de gran utilidad los mecanismos para la defensa del orden democrático, las formas de participación pública, la defensa del medio ambiente y de otros derechos colectivos, las innovaciones en el régimen municipal, y en lo relativo al Poder Judicial la creación del consejo de la Magistratura, junto a otras innovaciones tendientes a ampliar el acceso a la jurisdicción.

Por último se le imparte al poder constituyente provincial la obligación de garantizar el régimen municipal, disposición que ha sido completada por el art. 123 que establece que las provincias deben asegurar la autonomía municipal y reglar el alcance y contenido de tal autonomía en el orden institucional y político como en el administrativo, económico y financiero.

Hechas estas primeras consideraciones introductorias nos adentraremos en las modalidades más relevantes del derecho público provincial tanto a nivel de organización del poder como en lo que hace a contenidos dogmáticos.

a) La estructura del poder

i) El Poder Ejecutivo

El constitucionalismo provincial se ha visto influenciado desde sus orígenes por el esquema presidencialista que adopta la CN. Ninguna Ley Fundamental de provincia introduce mecanismos parlamentarios ni modifica la composición unipersonal del Poder Ejecutivo. De modo tal que en todas las provincias el Poder Ejecutivo es ejercido por el gobernador, quien es elegido juntamente con el vicegobernador, figura similar a la del vicepresidente a nivel nacional. En relación con el vicegobernador es de destacar que las nuevas Constituciones de Córdoba y La Rioja le conceden funciones específicas. Se trata de la tarea de colaborador directo del gobernador y de la posibilidad de participar en acuerdos de gabinete y reuniones de ministros cuando él lo desee. Estas facultades exceden la tarea habitual de presidir la Cámara Alta del Congreso y la de reemplazar al gobernador en caso de acefalía temporaria o permanente. Por supuesto que difiere de las funciones del vicepresidente de la Nación, para quien el constituyente nacional no ha previsto similares facultades.

La Constitución de Salta también contiene una disposición que actúa como paliativo a la composición tradicionalmente monolítica que tiene el Poder Ejecutivo presidencialista. El gobernador tiene la iniciativa en la ley de ministerios, que establece la cantidad de ministros y secretarios de Estado, juntamente con su competencia y atribuciones. El mismo artículo faculta al gobierno a delegar en un ministro sus potestades administrativas y encomendarle la coordinación entre los distintos ministerios y la exposición de los planes de gobierno y de su ejecución ante el Poder Legislativo. Esta original disposición introduce en el esquema institucional salteño la figura del ministro "coordinador", el que si bien es un colaborador del gobernador, quien puede removerlo cuando le plazca, representa una suerte de embrión de primer ministro. Esta afirmación se ve reforzada por el papel de nexo entre el ejecutivo y el legislativo que deberá cumplir el ministro-coordinador de acuerdo con el texto constitucional que se comenta.

Varias Constituciones le confieren al gobernador la iniciativa exclusiva en materia de ley de ministerios, dejando a su cargo la determinación del número de ministros, rango y funciones de cada uno. Además, lo facultan a delegarles parte de sus funciones o a hacerlo a favor de entidades descentralizadas. Estas facultades, importan un cambio importante en relación con la situación precedente, ya que en la mayoría de las antiguas Constituciones estaba determinado el número máximo de ministerios de acuerdo con el esquema de la CN (el art. 87 de la Constitución histórica establecía ocho ministerios) y se le impedía o al menos le estaba seriamente restringida al gobernador la posibilidad de delegar sus funciones. Por ejemplo en la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, el art. 99 le reconoce al vicejefe de Gobierno su vocación natural de sustituir, en primer término, al jefe de Gobierno y para el caso de que se esté frente a una acefalía permanente, el primero durará en sus funciones hasta completar el período para el cual ambos fueron electos. Cuando ello ocurriera así, el vicejefe dejará de ser un funcionario extrapoder, en tanto presidente natural de la legislatura, para convertirse en el "huésped" del Poder Ejecutivo de conformidad con lo establecido en el artículo 95. La pérdida de facultades correspondientes al cargo de presidente de la legislatura que afecta al vicejefe de Gobierno se ve, de alguna manera compensada por las atribuciones que le asigna el segundo párrafo del presente artículo. En efecto además de la iniciativa legislativa (art. 85), el Vicegobernador cuenta con una esfera de potestades delegadas por el Jefe de Gobierno. Esta posibilidad ubica al Vicejefe de Gobierno, aunque de manera tímida, dentro de la moderna tendencia del derecho público provincial en lo que hace al alcance de su competencia. Así, se afirma que las nuevas Constituciones provinciales, cuyos antecedentes más próximos están conformados por las de Chaco y Misiones dictadas en 1958, asignan otras competencias al vicegobernador, que le dan un distinto perfil y un indubitable rol protagónico en las políticas gubernativas. Entre estas nuevas funciones, cabe consignar las de *colaborador directo del gobernador* (Constituciones de Córdoba, art. 129, y de Misiones, art. 119); de *participación en los acuerdos de ministros o reunión de gabinete* (Constituciones de La Rioja, art. 115, de Chaco, art. 127, etc.); de *consultor oficial del Poder Ejecutivo* (Constitución de Salta, art. 105); de *encargado de entablar relaciones interorgánicas* (Constitución de Misiones, art. 119, inc. 2); etc. En el caso porteño, la evolución de la institución del vicegobernador o vicejefe de Gobierno depende de las funciones que le delegue el jefe de Gobierno y de la jerarquía que le concedan al cargo sus titulares. Dado que, una vez que el personaje adquiera presencia institucional, le será imposible o al menos muy difícil a futuros gobernadores conculcarles a sus vicegobernadores las potestades que les hubieren sido confiadas a sus predecesores en el ejercicio de dicho cargo. Los sucesivos Jefes de Gobierno han utilizado la delegación de facultades y así le han confiado a los vicejefes áreas concretas de actuación, por caso Telerman tuvo a su cargo la cartera de Cultura y Michetti la de Derechos Humanos, entre otras funciones.

ii) El Poder Legislativo

La composición del Poder Legislativo en el derecho público provincial argentino presenta dos variantes: el unicameralismo y el bicameralismo. La mayoría de las provincias ha adoptado el primer sistema, sin

embargo un número importante de ellas se han inclinado por el segundo. En este último caso se ha tratado generalmente de las provincias con territorio más extenso, como por ejemplo Buenos Aires.

- Clasificación de acuerdo al sistema adoptado:
  - Provincias con Poder Legislativo unicameral: Neuquén, Formosa, Chubut, La Pampa, Santiago del Estero, San Juan, La Rioja, Jujuy, Río Negro, Córdoba, Tierra del Fuego, Ciudad autónoma de Buenos Aires, Tucumán, Chaco, Misiones y Santa Cruz.
  - Provincias con Poder Legislativo bicameral: Buenos Aires, Corrientes, Mendoza, Entre Ríos, Catamarca, Salta, Santa Fe y San Luis. Esta última provincia antes de la reforma tenía un parlamento unicameral. El bicameralismo pareciera ser adoptado a imagen y semejanza del sistema de la CN. Claro que en el orden nacional se adoptó en consonancia con la forma federal de Estado, de acuerdo con el modelo de los Estados Unidos de América. De conformidad con el mismo cada provincia participa en el gobierno federal —cualquiera sea el número de habitantes—, con idéntico número de senadores en el senado federal. La modalidad pareciera tener menos sentido en la organización de la legislatura de una provincia, pues en su interior no se produce una descentralización territorial del poder semejante a la que existe a nivel nacional. Las provincias que han adoptado el sistema bicameral generalmente le han dado base departamental a la representación en el senado provincial, de acuerdo a una división de su territorio en departamentos realizada especialmente a esos efectos. Varias provincias tratan de limitar la cantidad de miembros de sus legislaturas estableciendo un número tope. Algunas Constituciones han creado comisiones legislativas permanentes o de receso, institución que ha quedado incorporada en 1994 la CN (art. 79). Son elegidas por la legislatura antes de que concluyan los períodos ordinarios de sesiones y están integradas por pocos miembros que ejercen la representación del cuerpo durante el receso legislativo.

En varias de las nuevas Constituciones se contempla la sanción de leyes por las comisiones internas, por ejemplo Córdoba (art. 116), Santiago del Estero (art. 134) y San Juan (arts. 162 y 165). Haro[2], quien ha estudiado con profundidad esta temática, se manifiesta partidario de "la redimensión y fortalecimiento de las llamadas comisiones internas o legislativas (...), ellas vienen a constituirse —junto a los bloques legislativos y las comisiones de labor parlamentaria— en órganos insustituibles e indispensables para el correcto desempeño de la función parlamentaria, y a manera de retroalimentación y oxigenación del sistema, como auténticos pulmones del Congreso...". Para este especialista el tema constituye "Uno de los tópicos de capital importancia (...) en el proceso de cuestionamiento funcional del órgano legislativo del Estado...".

(2) HARO, RICARDO, *Constitución, Gobierno y Democracia*, Dirección General de Publicaciones, Universidad Nacional de Córdoba, 1987, p. 51.

b) Las relaciones Legislativo-Ejecutivo

Los constituyentes provinciales han trazado un esquema de relaciones entre los Poderes Legislativo-Ejecutivo caracterizado por una separación tajante entre ambos, que resulta coherente con las bases que inspiran a la forma de gobierno presidencialista. Dentro de ese marco también se inscribe la atribución a cada uno de los poderes de facultades propias de los restantes. Ello, con la finalidad de asegurar el sistema de frenos y contrapesos que caracteriza a la teoría de división de poderes. Las nuevas Constituciones han reforzado las atribuciones del Ejecutivo vinculadas con el Legislativo. En ese orden de ideas se han tratado de *constitucionalizar* instituciones que ya eran objeto de utilización a pesar de su falta de sustento constitucional. Así, el Ejecutivo adquiere las siguientes facultades:

- Posibilidad de asistencia al órgano Legislativo que se le concede en algunos casos al titular del Ejecutivo, a efectos de tomar parte en las deliberaciones de dicho cuerpo.
- Atribución del gobernador de imponer el trámite de urgencia al procedimiento de sanción de las leyes, modalidad que puede producir su sanción *ficta*, es decir, por el transcurso de determinado lapso de tiempo.
- Concesión de potestades legislativas al gobernador, consistentes en el dictado de reglamentos de necesidad y urgencia, delegados; y en la posibilidad de veto parcial de normas con promulgación parcial de la porción no observada de la misma.

Establecidas estas líneas centrales de actuación del Ejecutivo sobre el Legislativo, veamos cómo se efectivizan en los textos constitucionales. Para ello tomaremos los ejemplos más elocuentes. En cuanto a la presencia del Ejecutivo en el Legislativo, la Constitución de Jujuy le confiere participación en la formación y sanción de las leyes y lo autoriza a concurrir sin voto al recinto de la legislatura, atribución que el gobernador puede realizar por sí o por medio de sus ministros. A su vez puede informar a la Legislatura sobre el estado general de la administración. Debe presentar todos los años el presupuesto de gastos y cálculo de recursos y

dar cuenta de la ejecución del presupuesto anterior. La Constitución de Salta expresa de manera clara la participación del Ejecutivo en el procedimiento de sanción de las leyes, a través de la iniciativa o de la intervención en el recinto de deliberaciones por medio de sus ministros o finalmente promulgando o vetando total o parcialmente una ley aprobada. Esta disposición se repite con distintas modalidades de redacción en las otras Constituciones.

c) Presencia del Gobernador en el Poder Legislativo

Cabe preguntarse sobre las modalidades de aplicación de esta facultad de presencia en el seno de las deliberaciones legislativas, que aparece en prácticamente todos los textos. Creemos que ella puede perjudicar la actitud de neutralidad y de equidistancia que se espera del titular del Poder Ejecutivo. De algún modo, el gobernador podría verse afectado o envuelto en las disputas políticas que suelen caracterizar la vida legislativa. Además, es factible que se llegue a producir una confusión entre las actividades legislativas y administrativas, cuyas necesidades y tiempos para la toma de las decisiones responden a las características de actos esencialmente distintos. Por tanto, consideramos que la presencia del gobernador en la Legislatura provincial no debe concretarse en forma directa sino a través de la concurrencia de los ministros y/o secretarios de Estado.

Como novedad al control que ejerce el Legislativo sobre el Ejecutivo, se puede apuntar la obligación de asistir a la legislatura que tienen los ministros, a solicitud de ese cuerpo, donde deben presentar informes y responder a los requerimientos de los legisladores.

Este balance del estado de las relaciones Legislativo-Ejecutivo resultante de los nuevos textos constitucionales, permite apreciar un reforzamiento de las facultades del poder administrador, el cual, si bien recibe legalmente facultades que casi siempre ejercía en los hechos, de todos modos logra nuevas modalidades de ejercicio de autoridad en influencia en el ámbito legislativo.

d) Trámite de urgencia

La segunda vía de intervención del Ejecutivo en el Legislativo se lleva a cabo a través del procedimiento de urgencia. EL art. 138 de la Constitución de San Luis le otorga al gobernador la posibilidad de solicitar el trámite de urgencia de las leyes, en cualquier etapa del proceso de sanción y en cualquier tipo de sesión legislativa. Este procedimiento implica que los proyectos que no sean expresamente desechados dentro de los treinta días de otorgados a cada Cámara para su tratamiento, quedan sancionados y

pasan al Ejecutivo para su promulgación. El silencio de las Cámaras en el plazo establecido, acarrea la aprobación ficta del proyecto.

e) Decretos de necesidad y urgencia

Los reglamentos de necesidad y urgencia incorporados al texto constitucional en 1994 ya se habían utilizado a nivel nacional a pesar de que la Constitución histórica no los reconocía. Desde la vuelta a la democracia los sucesivos presidentes hicieron uso de este instituto en forma desmedida. La jurisprudencia de la Corte Suprema ha sido proclive a declarar su validez constitucional. La reforma del '94 ha reconocido esta atribución del Poder Ejecutivo a través de la adición de dos párrafos al inciso 3 del art. 99[3].

A efectos de analizar la cuestión veamos lo que disponen los arts. 181 inc. 6 y 142 de las leyes fundamentales de Río Negro y de Salta, respectivamente. Dado que ambas disposiciones tienen una redacción casi idéntica nos limitamos a transcribir la primera, que le reconoce al gobernador la facultad de *"dictar decretos sobre materias de competencia legislativa en caso de necesidad y urgencia o de amenaza grave e inminente al funcionamiento regular de los poderes públicos, en acuerdo general de ministros, previa consulta al fiscal de Estado y al presidente de la legislatura. Informa a la provincia mediante mensaje público. Debe remitir el decreto a la legislatura dentro de los cinco días de dictado, convocando simultáneamente a sesiones extraordinarias si estuviere en receso bajo apercibimiento de peder su eficacia en forma automática. Transcurrido noventa días desde su recepción por la legislatura, sin haber sido aprobado o rechazado, el decreto de necesidad y urgencia queda convertido en ley"*.

Nuestro desacuerdo con el tratamiento de los efectos del silencio en los textos mencionados no nos impide encontrar otros aspectos dignos de aprobación. Nos referimos a la obligación que le cabe al gobernador de informar a la población a través de un mensaje público, antes de proceder al dictado del decreto de necesidad y urgencia, a efectos de realizar un anuncio público del mismo. Creemos que el cumplimiento riguroso de esta obligación, impedirá el recurso frecuente e injustificado a esta herramienta legislativa, dadas las consecuencias políticas negativas que un proceder descontextualizado del marco de emergencia que debe rodear a estas decisiones, le provocaría al responsable de ellas.

e) Veto y promulgación parcial de leyes

El veto y la promulgación parcial constituyen una importante facultad co-legislativa del titular del Poder Ejecutivo. La adopción de esta mo-

(3) Ver Capítulo XVII.

dalidad combinada de observación y promulgación por el derecho público argentino partiendo de su carácter parcial, le confiere al titular del Ejecutivo la posibilidad de promulgar la parte no vetada del proyecto[4]. El nuevo derecho público provincial lo ha reconocido expresamente en algunas de las nuevas Constituciones. La Constitución de Córdoba atribuye al Poder Ejecutivo el derecho de veto y acepta expresamente la promulgación parcial (arts. 109 *in fine* y 144, inciso 5).

f) Formas de control del Ejecutivo por parte del Legislativo

El Legislativo controla al Ejecutivo a través de diversos mecanismos. Se advierte desde la Constitución Nacional que el Poder Legislativo conserva sus potestades en materia presupuestaria y tributaria que le permiten realizar una fiscalización sobre la actividad económico-financiera que despliega el Poder Ejecutivo. También se ha mantenido el tradicional sistema de juicio político (arts. 45 y 53 CN) para juzgar la responsabilidad personal del gobernador. Continúa la necesidad de la intervención del Poder Legislativo para la designación de los miembros del Poder Judicial y otros altos funcionarios. (art. 99 inc. 4, 7 primera parte, 13 CN), principios que aparecen con similares características en las Constituciones provinciales.

g) Las modificaciones al proceso de toma de decisión

Este tema se relaciona por una parte con los avances que en materia legislativa ha logrado el Poder Ejecutivo y por otra, con las importantes modificaciones introducidas en el procedimiento de formación y sanción de las leyes. Los constituyentes provinciales han tratado de agilizar el funcionamiento de las legislaturas, acelerando a través de nuevos institutos el proceso legislativo, algunos de los cuales han sido incorporados más tarde al texto nacional por la reforma del '94. Al respecto se destacan las siguientes modificaciones:

i) Iniciativa legislativa

Todas las Constituciones establecen como principio que la iniciativa para la presentación de un proyecto de ley es una facultad de los legisladores y del titular del Poder Ejecutivo, quien la ejerce junto a las restantes funciones colegislativas que integran su competencia. Asimismo aparecen otros actores que pueden originar proyectos con obligación de tratamiento por parte de las Cámaras legislativas. En primer lugar,

(4) Ver Capítulo XVII.

se adopta el instituto denominado iniciativa popular de leyes, también reconocido en el art. 39 de la CN luego de su reforma. Varias Constituciones le cofieren también iniciativa legislativa al Tribunal Superior o Corte Suprema de Justicia, terminología que varía de una a otra provincia pero que alude al máximo tribunal judicial de dicho ámbito territorial. Se trata de una modalidad cuyo ejercicio se encuentra circunscrito a aquellos proyectos relativos al funcionamiento de la justicia. La Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, en su art. 99 le otorga iniciativa legislativa al Vicejefe de Gobierno.

ii) Doble lectura

La Constitución de Río Negro regula un sistema singular de control popular de la actividad parlamentaria a través del procedimiento de doble votación (art. 141), por el cual una vez aprobado un proyecto se difunde a la población a efectos de *"conocer la opinión popular"* sobre el mismo. Luego de transcurridos quince días, éste es objeto de la decisión definitiva de la Cámara. Sólo están exceptuados de este procedimiento los proyectos de ratificación de convenios firmados por el Ejecutivo, la ley de presupuesto y las iniciativas del ejecutivo con acuerdo general de ministros enviadas con carácter de urgencia. La Constitución de Córdoba, en su artículo 106 también establece la doble lectura. La Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, incorpora la doble lectura para el tratamiento de algunas cuestiones que enumera; es de destacar que entre las dos etapas que componen el proceso de sanción, se intercala una audiencia pública como instancia de participación ciudadana (arts. 89 y 90).

iii) Aprobación tácita de proyectos

Esta modalidad de sanción legislativa se presenta ante la declaración de urgencia por parte del Poder Ejecutivo. El procedimiento también aparece en algunas Constituciones de provincias con legislaturas bicamerales. En estos casos se persigue un tratamiento rápido por parte de la Cámara revisora a fin de agilizar el proceso legislativo. La Constitución de San Luis, en su art. 138, párrafo 6º, establece que *"se tienen por aprobados todos los proyectos a los que se le hubiere impuesto cualquiera de los trámites de urgencia previstos por este artículo y que no sean expresamente considerados y resueltos dentro de los plazos establecidos"*.

iv) Aprobación de proyectos en comisión

Este instituto cuyo antecedente principal lo encontramos en la Constitución de Italia, también ha sido receptado en algunas de las nuevas

leyes fundamentales provinciales. La Constitución de San Juan, en sus arts. 162, 165 y 166 dispone la sanción legislativa de proyectos con despacho favorable de las comisiones internas de la Legislatura. Se trata de una modalidad que también adopta la CN luego de la reforma del '94.

v) Tratamiento especial de proyectos

La Constitución de San Luis faculta al Poder Ejecutivo a enviar a la legislatura, en cualquier período de sesiones, proyectos con pedido de *urgente* o de *muy urgente tratamiento*. En el primer caso, la Legislatura debe considerar el proyecto dentro de los sesenta días de recibido, se le concede treinta días de plazo a cada Cámara. En el caso de *muy urgente tratamiento*, el plazo total de tratamiento se reduce a treinta días, quince para cada Cámara. La sanción tácita se produce por el no tratamiento de los proyectos durante los plazos mencionados. Los dos tercios de los miembros de las Cámaras pueden cambiar la calificación que el Poder Ejecutivo le haya dado a los proyectos (art. 138). La Constitución de Tierra del Fuego (art. 111) también ha incorporado este instituto con similares características.

A estas modificaciones debemos agregar la extensión del plazo ordinario de sesiones legislativas, la posibilidad de prórroga y llamado a sesiones extraordinarias por parte del Ejecutivo y la autoconvocatoria de las Cámaras. También en materia de ley de presupuesto se han ideado mecanismos que tienden a asegurar su pronta sanción, evitándose así las crisis recurrentes que a manera de *encerronas* institucionales afectan a los gobiernos provinciales. Todas las innovaciones analizadas han sido encaradas con la finalidad de producir cambios significativos en el funcionamiento del Poder Legislativo, algunos de estos institutos han sido incorporados a la CN.

En otro orden de cosas, es de destacar la especial potestad para suscribir convenios interprovinciales y aún internacionales que se han reservado las provincias en sus nuevas Constituciones. Prácticamente todas las Constituciones reformadas le conceden al Legislativo la facultad de: *"aprobar o rechazar los tratados o convenios que el Poder Ejecutivo acuerda con el Estado nacional, otras provincias o municipios del país, entes públicos o privados nacionales o extranjeros, Estados extranjeros u organismos internacionales"*. Esta disposición recurrente en las cartas magnas, abre el camino a un federalismo de *concertación* que puede encontrar soluciones a muchas de las falencias crónicas que acusa el sistema federal, a través de la búsqueda de salidas comunes a problemas compartidos. Por otra parte, esta cláusula se inspira en el art. 124 de la CN, que reconoce los convenios interprovinciales, que desarrollamos en el punto siguiente del presente capítulo.

vi) Clasificación de leyes

La Constitución de San Luis en su art. 156 ha adoptado una clasificación de las leyes en orden a diferenciar distintos procedimientos para su sanción. Ellas pueden ser: 1) *decisorias: "aquellas que son dictadas como decisiones legislativas para generar diversas posiciones de gobierno dirigidas a la satisfacción del bien común. Las decisiones legislativas se adoptan según el trámite ordinario previsto para la sanción de las leyes, con los dos tercios de votos de los miembros presentes y no pueden ser vetadas por el Poder Ejecutivo"*; 2) *de base o programas legislativos: "son aquellas dirigidas a establecer el marco normativo dentro del cual se debe desenvolver la legislación técnica reglamentaria. Las leyes de base están sujetas al trámite ordinario de formación legislativa establecido en esta Constitución"*; 3) *técnicas o reglamentarias: "son aquellas dirigidas a regular en detalle el ejercicio de los derechos, la labor de gobierno o la legislación establecida en el apartado anterior. Esta legislación puede ser dictada por el ejecutivo, quedando sujeta al trámite de aprobación ficta por parte de la Cámara de Diputados..."*; 4) *medidas: "son aquellas dirigidas a resolver o disponer sobre situaciones no recurrentes de carácter administrativo, las cuales son aprobadas por el trámite abreviado en el seno de las comisiones internas de la Cámara. Cuando este tipo de leyes implica un acto de control, no pueden ser objeto de veto por el Ejecutivo"*.

El constituyente de esa provincia ha adoptado una suerte de delegación legislativa a favor del Ejecutivo, quien queda facultado para dictar las llamadas leyes técnicas y reglamentarlas, se crea la categoría de ley marco que nunca había sido adoptada por nuestro derecho constitucional, entre otras novedades. Las nuevas modalidades resultan atractivas, ya que parecieran aptas para resolver muchos de los problemas que presenta el proceso de formación de la voluntad gubernamental en el mundo moderno. Sin embargo, no podemos dejar de plantear las dificultades que a nuestro criterio provoca su aplicación. Resulta engorroso definir en la práctica cada tipo de ley. Además de ello, el artículo no dispone cuál será el órgano encargado de establecer el trámite que le corresponderá a cada proyecto; es de suponer que según las circunstancias la responsabilidad recaerá en el Legislativo o en el Ejecutivo; pero no se determina qué sucede en caso de conflicto entre ambos.

h) Organos de asesoramiento y consulta

Consecuentes con la adscripción al modelo del Estado social de derecho, algunas Constituciones se ocupan de asegurar la representación funcional de los sectores de la vida económica y social, agrupándolos en órganos de asesoramiento y consulta de los poderes públicos.

La Constitución de Salta, en su art. 77, prevé la creación por ley del consejo económico social como órgano de consulta de los poderes públicos, con carácter obligatorio en el caso de planes económico-sociales, culturales, científicos y tecnológicos. La primera parte de esta disposición establece que *"los poderes públicos, en consulta con los sectores productivos y del trabajo interesados, sancionan planes económico-sociales, indicativos para el sector privado de la economía e imperativos para el sector público provincial y municipal..."*. La Constitución de Córdoba también delega en la ley la creación del consejo, si bien a diferencia de la Constitución de Salta, no dispone la obligatoriedad de la consulta (art. 125).

La Constitución de Córdoba, igualmente, deja a la ley la organización de un consejo de partidos políticos de carácter consultivo (art 33). El cuerpo creado en Córdoba en varias oportunidades ha acompañado al gobernador en la toma de decisiones políticas de importancia. Si bien puede resultar útil para lograr rápidos consensos ante crisis o dificultades de las instituciones, nos preocupa la superposición de sus funciones con las del Poder Legislativo, dado que consideramos que éste es el poder en cuyo interior los representantes de la voluntad popular deben lograr los acuerdos necesarios encaminados a solucionar las crisis y a acompañar las decisiones del Ejecutivo, la institución corre el riesgo de "corporativizar" las actividades de las agrupaciones políticas por medio de representantes elegidos por las cúpulas partidarias, cuyo cometido podría llegar a limitarse a defender los intereses de su partido.

Por último la Constitución de Río Negro crea un consejo regional para cada región *"presidido por un delegado del Poder Ejecutivo, e integrado por representantes de los organismos provinciales, con delegaciones en las mismas de los municipios que la integran, de los partidos políticos de la región con representación legislativa y de entidades sectoriales, especialmente de las asociaciones de trabajadores y empresarios"* (arts. 108 y 109). Estos cuerpos de integración mixta (pública y privada) se ocupan del desarrollo regional, de asesorar a los poderes públicos, de coordinar políticas entre los distintos órdenes administrativos, etc. Además, el Poder Ejecutivo les puede delegar funciones. Esta iniciativa tiene por finalidad coordinar esfuerzos y asegurar el desarrollo de una provincia de gran dimensión territorial, de escasa integración espacial y muy poco poblada.

i) Los nuevos mecanismos de control de la actividad de la administración

La Constitución Nacional histórica no contemplaba el funcionamiento de órganos específicos de control de la actividad estatal. Los mecanismos de fiscalización surgían de la interacción de los tres poderes del Estado a través de las atribuciones que el constituyente les había confiado, de manera de dotar a cada uno de ellos con facultades propias de los dos restantes.

La reforma del '94 le confirió jerarquía constitucional a la Auditoría General de la Nación (art. 85); se trata de un órgano de control externo del sector publico, cuya integración y funcionamiento se delega en una ley del Congreso, estableciendo la Constitución que la presidencia del organismo debe ser ejercida por la persona que proponga el partido político de oposición con mayor representación parlamentaria. Antes de la sanción de la reforma este organismo había sido creado por la ley 24.156 como ente de control externo del sector público dependiente del Congreso[5].

Las Constituciones provinciales se han anticipado a la nacional en materia de incorporación de instituciones más avanzadas del constitucionalismo, lo que les ha permitido desde hace varias décadas contar con órganos destinados exclusivamente a controlar distintos aspectos de la actividad de la administración. Los nuevos textos también han adoptado institutos de participación popular como un medio más de seguimiento de los actos de los gobernantes. La estructura institucional de contralor responde al esquema siguiente:

i) Organos de control externo

i.1) Tribunal de Cuentas

Está previsto en todas las Constituciones, su composición es colegiada, es un organismo independiente de los poderes políticos. Su accionar está encaminado principalmente a fiscalizar el movimiento de ingresos y de gastos que causa el Poder Ejecutivo y su adecuación a la ley de presupuesto y demás disposiciones legales y procedimientos. Sus miembros son designados, en la mayoría de los casos, por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Legislativo.

i.2) Fiscalía de Investigaciones Administrativas

Tiene a su cargo la promoción de las investigaciones de las conductas administrativas de los funcionarios de la administración pública centralizada y descentralizada. Sólo está contemplada en algunas Constituciones. Su composición es unipersonal y el fiscal es designado del mismo modo que los miembros del Tribunal de Cuentas.

(5) Ver Capítulo XVII.

ii) Organos de control interno

Estas estructuras forman parte del Poder Ejecutivo y por ese motivo llevan a cabo una contraloría desde su interior.

ii.1) Fiscal de Estado

En su ámbito de competencias tiene asignada la función de control de legalidad de los actos de la administración. Por ello es parte necesaria en todo juicio donde estén en juego los intereses del Estado provincial. En algunas Constituciones, por ejemplo la de Catamarca, este funcionario es superior jerárquico de todos los abogados de la administración pública provincial que tengan a su cargo la defensa del Estado en cualquier instancia judicial (art. 162).

ii.2) Contaduría general

Cumple desde el interior de la administración funciones similares a las del Tribunal de Cuentas. El modo de designación y composición de este órgano varía según los textos. A estas instituciones básicas, algunas Constituciones agregan otras, como son la tesorería general, la comisión de transacciones judiciales, etc.

ii.3) El Ombudsman

El *Ombudsman*, Defensor del Pueblo o Comisionado Legislativo es la innovación más trascendente del derecho público provincial argentino en materia de control que han incorporado las nuevas Constituciones provinciales. A nivel nacional, tiene jerarquía constitucional a partir de la reforma (art. 86 CN), si bien ya existía esta figura creada por ley[6]. Por medio de esta institución se asegura la participación popular ya que su actividad surge fundamentalmente de las denuncias que los particulares le presenten sobre algún aspecto de la actividad de la administración. En algunas Constituciones se establece la obligación de organizar esta figura, mientras que en otras se trata de una potestad facultativa.

En todos los casos este funcionario se ocupa de la defensa de los derechos e intereses públicos de la ciudadanía frente a todo tipo de abusos por acción u omisión de la administración pública o de sus agentes. Los procedimientos de designación, a través de mayorías muy calificadas

(6) Ley 24.284, B.O. 1993/12/06 y ley 24.379, B.O. 1994/10/12.

—generalmente de dos tercios— en el seno del Poder Legislativo, persiguen su no pertenencia a ningún sector, ni agrupación política. Esta institución sólo registra algunos pocos antecedentes a nivel de proyecto en el derecho argentino. Por ello, los constituyentes provinciales han buscado sus fuentes en el derecho extranjero, en especial en las Constituciones europeas. Sólo algunas provincias han la sancionado la ley que reglamenta la institución. También a nivel municipal se registra la creación de esta figura a través de ordenanzas o por su incorporación en la carta orgánica.

j) Obligación del Poder Ejecutivo de brindar información al Poder Legislativo

Otra forma de control está dada por la presentación de informes por parte del Ejecutivo; las potestades del legislador han quedado establecidas en nuevas disposiciones. Así la Constitución cordobesa establece: *"Las Cámaras pueden hacer venir al recinto o a sus comisiones, a los ministros del Poder Ejecutivo para pedir los informes que estimen convenientes, previa comunicación de los puntos a informar o explicar, quedando aquellos obligados a cumplir. En todos los casos la citación se hace en un plazo no menor de cinco días, salvo que se trate de un asunto de extrema gravedad o urgencia o así lo disponga la Cámara por mayoría absoluta de sus miembros. El titular del Ejecutivo puede concurrir cuando lo estime conveniente en reemplazo del o de los ministros convocados"*. En otro artículo se agrega: *"cada Cámara o los legisladores individualmente pueden pedir al Poder Ejecutivo informes por cuestiones de interés público, para el mejor desempeño de su mandato. Los informes solicitados por las Cámaras deben evacuarse dentro del término que fije cada una de ellas"*. Los informes pueden ser solicitados tanto por las Cámaras como por los legisladores individualmente y los ministros están obligados a concurrir tanto a las sesiones plenarias como a las de comisión.

En otras Constituciones encontramos disposiciones muy similares, en las que también se prevé la obligación para los ministros, secretarios de Estado y las principales autoridades de las entidades descentralizadas. Inclusive en algunas leyes fundamentales se les impone a estos funcionarios el deber de responder por escrito a los pedidos de informes. Estas atribuciones de los Poderes Legislativos son más propias de regímenes parlamentarios que de sistemas presidencialistas, sin olvidar que en los primeros un pedido de informes a un miembro del gabinete ministerial puede acarrearle su remoción, lo que no sería propio de los segundos. Sin embargo, estas nuevas modalidades de actuación del Legislativo sobre el Ejecutivo pueden servir para flexibilizar las relaciones entre ellos y lograr un esquema mayor de colaboración.

k) El sistema electoral

De conformidad con el reparto de competencias entre la Nación y las provincias que establece la Constitución Nacional, la materia electoral es una facultad concurrente. De resultas de lo cual la Nación elabora el régimen electoral para la designación del titular del Poder Ejecutivo y de los legisladores nacionales, mientras que las provincias se ocupan del de sus gobernadores y vicegobernadores, legisladores provinciales y autoridades municipales. En función de lo antedicho, en la Argentina, a nivel provincial, existe una gran disparidad de sistemas electorales. Nuestro análisis se irá centrando en cada poder por separado, dentro del nivel provincial. Trataremos el modo de elección, la *fórmula de reparto* utilizada para la integración de los cuerpos colegiados, las bases de representación y las posibilidades de reelección o no de los ocupantes de los poderes.

i) Con relación al Poder Ejecutivo

En todas las Constituciones se contempla la elección del gobernador y del vicegobernador, de manera directa y a *simple pluralidad* o *simple mayoría* —los textos usan una u otra expresión para referirse al mismo concepto— de sufragios, constituyendo el territorio de la provincia un distrito único a esos efectos. La adopción de la elección directa marca un antecedente a la reforma introducida en 1994 a la CN. En la actualidad, todas las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires han adoptado este sistema.

Varias Constituciones buscan una salida a la hipótesis prácticamente "de laboratorio" de empate entre dos candidatos a la gobernación. Tres de ellas establecen la necesidad de una nueva elección. Mientras que las dos restantes disponen que en ese caso será la Legislatura la que deberá tomar una decisión sobre el particular.

En materia de reelección del titular del Poder Ejecutivo, el constituyente provincial desde la primera etapa de sanción de las leyes fundamentales, tendió a incorporar a ellas la solución de la CN histórica, prohibitiva de la reelección inmediata del presidente de la república. Si bien el mandato del presidente con anterioridad a la reforma de 1994 era de seis años, mientras que el de los gobernadores, sólo de cuatro. En esta nueva etapa de ejercicio del poder constituyente provincial, la situación pareciera revertirse. En la actualidad sólo dos provincias prevén la reelección consecutiva ilimitada del Gobernador y del Vicegobernador, Santa Cruz y Formosa. Modalidad que como veremos en el Capítulo XVI consideramos abiertamente antirrepublicana.

ii) Con relación al Poder Legislativo

Analizaremos en algunas provincias, que hemos escogido en función de las diferencias que se observan entre ellas; en primer término, la Cámara de Diputados y luego el Senado en cuatro provincias que poseen un Poder Legislativo bicameral.

- *Cámara de Diputados*

Todas las Constituciones establecen que los diputados son elegidos directamente por el pueblo, lo que varía de unas a otras es su cantidad y el modo de elección. Si observamos la Constitución de Catamarca, la Cámara de Diputados se compone de un número fijo de 41 miembros, los que son elegidos "*mediante el sistema proporcional que la ley determine*". En el capítulo dedicado al régimen electoral el texto constitucional agrega: "*la participación de las minorías en los cuerpos deliberativos que esta Constitución contempla se efectivizará mediante un sistema electoral proporcional que les permita su acceso, conforme lo determine una ley especial*".

La Constitución cordobesa, por su lado, establece por reforma del año 2001, en su art. 78 el siguiente sistema para la asignación de escaños: "La Legislatura de la Provincia de Córdoba se integra de la siguiente forma: Por veintiséis legisladores elegidos directamente por el pueblo, a pluralidad de sufragios y a razón de uno por cada uno de los departamentos en que se divide la Provincia, considerando a éstos como distrito único. Por cuarenta y cuatro legisladores elegidos directa y proporcionalmente por el pueblo, tomando a toda la Provincia como distrito único. La distribución de estas bancas se efectúa de la siguiente manera: a) El total de los votos obtenidos por cada una de las listas se divide por uno, por dos, por tres y así sucesivamente hasta llegar al número total de las bancas a cubrir. b) Los cocientes resultantes, con independencia de la lista de la que provengan, se ordenan de mayor a menor hasta llegar al número cuarenta y cuatro. c) Si hubiere dos o más cocientes iguales, se los ordena en relación directa con el total de los votos obtenidos por las listas respectivas, y si éstas hubiesen logrado igual número de votos, el ordenamiento definitivo de los cocientes empatados resulta de un sorteo que a tal fin debe practicar el Juzgado Electoral. d) A cada lista le corresponden tantas bancas como veces sus cocientes figuren en el ordenamiento de las cuarenta y cuatro bancas. Para esta lista de candidatos a legisladores de distrito único se establece el voto de preferencia, conforme a la ley que reglamente su ejercicio".

Esta modificación ha reemplazado el anterior sistema por el cual el reparto de los escaños se realizaba de manera discrecional, otorgando un número fijo de representantes (uno por cada departamento) al parti-

do mayoritario y repartiendo los 30 restantes entre los cuatro siguientes. Es decir no aparecía la relación entre sufragios y elección de representantes. Los partidos que no alcanzaban el número suficiente, repartían sus votos entre las minorías que sí lo habían alcanzado.

Jujuy. Al igual que en las dos provincias anteriores, la Cámara de Diputados jujeña también se compone de un número fijo de miembros. La Constitución ha adoptado la representación proporcional pura como fórmula de reparto. La provincia es tomada como distrito electoral único a los efectos de esta elección, por así disponerlo el art. 104 de su Constitución.

La Rioja. En su Constitución el número de legisladores es proporcional a la población, es decir, un diputado cada 10.000 habitantes. Sin embargo a efectos de conseguir una distribución territorial que no sea demasiado despareja, se ha determinado que cada departamento tenga por lo menos dos diputados, con excepción del departamento Capital, que tendrá 12, Chilecito, 6, y los departamentos de Arauco, General Gordillo, Rosario Vera Peñaloza y Felipe Varela que elegirán 3 diputados cada uno. La Constitución no se pronuncia sobre fórmula electoral alguna y sólo le encomienda a la ley electoral que determine "*la forma en que estarán representadas las minorías*" En esta provincia siempre se han utilizado sistemas mayoritarios de lista.

Río Negro ha establecido un número mínimo de 36 legisladores y un máximo de 46. Coherente con la inquietud de integración territorial que se manifiesta en varios capítulos, el constituyente ha determinado que se deberá asegurar "*la representación regional con un número fijo e igualitario de legisladores por circuito electoral, y representación poblacional tomando a la provincia como distrito único, con un legislador por cada 22.000 o fracción no menor de 11.000 habitantes*". El art 123 garantiza la representación de las minorías.

Salta en su Carta Magna ha determinado un número máximo de 60 miembros, que deberá ser precisado por la ley electoral de acuerdo con la población establecida por el último censo nacional o provincial. Cada Departamento está representado por un Diputado como mínimo (arts. 94 para los diputados y 100 para los senadores).

San Juan en el art. 131 adopta un sistema mixto de integración de su Legislatura. Ella está formada por un representante de cada uno de los departamentos en que se divide la provincia, considerándose a cada departamento como distrito electoral único, para la elección de sus representantes, a simple mayoría de sufragios. Además se compone de un diputado por cada 20.000 habitantes, elegidos por el sistema de representación proporcional, tomando a la provincia como distrito electoral único. Agrega que la ley podrá aumentar pero no disminuir la base de representación para cada diputado, elegido por el sistema de representación proporcional.

San Luis. Su art. 102 establece que el número no podrá ser superior a 43 legisladores, salvo que se creen nuevos departamentos y se establece para cada uno de ellos una representación mínima de dos diputados.

Santiago del Estero. Esta provincia introdujo importantes modificaciones en el sistema electoral para la designación de los miembros de la Legislatura en la reforma sancionada en el mes de noviembre del año 2005. Allí se sustituyó el régimen de elección de los miembros de la Cámara de Diputados (cincuenta en total, veintidós en distrito único por lista y 28 directamente por el pueblo de cada una de las circunscripciones electorales) por una Cámara de Diputados compuesta por un número menor de legisladores (sólo 40) todos elegidos en forma directa y por el sistema proporcional, mencionando el art. 118, con acertado criterio que la ley asegurará la participación de los ciudadanos del interior de la provincia en no menos del 50% de las postulaciones expectables y de las suplencias. Se advierte en el texto constitucional del 2005, el objetivo de asegurar la representación del pueblo, y la transparencia en el proceso electoral.

En la disposición referida a partidos políticos, se les exige la elección democrática de sus autoridades y de los candidatos, en todo caso deberán ser fiel expresión de la voluntad de sus afiliados y garantizar la representación de las minorías.

En el capítulo del régimen electoral, se introducen importantes reformas, ya que por ejemplo para la elección de los cuerpos colegiados se establece la obligatoriedad de adoptar algún sistema de representación proporcional, prohibiéndose expresamente por otro lado el sistema de doble voto, simultáneo y acumulativo (conocido como ley de lemas).

En cuanto a la simultaneidad de las elecciones provinciales con las nacionales, establece sólo la posibilidad de su realización, mientras que el texto anterior, lo imponía como obligatorio, entre las facultades del Tribunal Electoral.

Vemos con sumo agrado que se haya suprimido la facultad de proveer por ley a la prórroga o acortamiento de los mandatos que aparece en el texto constitucional de 2002 entre las facultades del Tribunal Electoral. Este ve reducida su composición a sólo tres integrantes, el presidente, que es el presidente del Superior Tribunal de Justicia, el fiscal de Estado y un diputado de la minoría.

- *Senado (en las provincias con legislativo bicameral)*

Nos referiremos a las Provincias de Catamarca, San Luis y Salta, el senado está formado por tantos miembros como departamentos posee cada una de ellas. Cada departamento está representado por un senador, el que es elegido directamente a pluralidad de sufragios por el pueblo de los departamentos, siendo éstos, distritos electorales a tales efectos (art. 80, C. Catamarca; 109, C. San Luis; y 100, C. Salta).

2. LOS TRATADOS INTERPROVINCIALES

La figura está contemplada en el art. 125 de la Constitución Nacional, la que lo denomina tratado parcial a ser celebrado entre las provincias. La cláusula constitucional reza así:

"Las provincias pueden celebrar tratados parciales para fines de administración de justicia, de intereses económicos y trabajos de utilidad común, con conocimiento del Congreso federal...".

Son acuerdos de voluntad entre dos o más provincias a fin de regular las materias mencionadas por el constituyente. "Es tratado interprovincial, entonces, todo acuerdo en que dos o más provincias regulan intereses comunes, de naturaleza no política con conocimiento del Congreso federal"(7). Se trata de una disposición prevista en la Constitución histórica y que en su aplicación ha dado lugar a distintas modalidades de entendimiento entre diferentes provincias y con posterioridad la interpretación llevó a la posibilidad de que la Nación y hasta municipios, también fuesen parte en estos convenios. El uso que las provincias han hecho de esta potestad ha variado en el tiempo. En un primer período sirvió para la regulación de los límites interprovinciales y cuestiones interjurisdiccionales vinculadas con la administración de justicia. Pero, es a partir de la década del '50, que el instituto cobra un sesgo diferente y muy útil para la configuración de un federalismo de concertación.

Así, ha servido para la creación de entes interjurisdiccionales —CFI, Cofirene, Cofema, etc.— la gestión de autoridades de cuenca, como las de los ríos Bermejo y Colorado, entre otras, la realización de obras de infraestructura —puente Santa Fe-Paraná—, la puesta en marcha de actividades comerciales —Corporación del Mercado Central de Buenos Aires—, etc. De hecho, ha sido de utilidad para la viabilización del concepto de región a que se alude en el art. 124 de la Constitución Nacional. Hoy, con los distintos tipos de convenios que estipula la Ley Fundamental, estos acuerdos deberían cobrar un nuevo auge y una mayor precisión y aval jurídicos.

(7) FRÍAS, PEDRO J., *Introducción al Derecho Público Provincial*, Depalma, Buenos Aires, abril 1980, p. 103.

a) El derecho aplicable a los tratados parciales

Pese a que los tratados interprovinciales se han erigido en uno de los instrumentos más importantes destinados a asegurar la coordinación intrafederal en relación con una multiplicidad de funciones y de competencias provinciales, no existe hasta el presente instrumento normativo alguno que regule su régimen. Ello, pese a la necesidad que se planteó en numerosos encuentros de especialistas. Inclusive, como recuerda el eminente internacionalista Rey Caro, "como resultado de las Jornadas sobre la Reforma de la Constitución Nacional, que se celebraron en la Ciudad de La Plata, en mayo de 1984, la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de La Plata nombró una Comisión a los efectos de cumplir con la tarea que le encomendara el Gobierno de la provincia de Buenos Aires en el mismo año, para la elaboración de un Anteproyecto de Convención sobre regulación de las relaciones interjurisdiccionales internas. Dicha Comisión comenzó sus trabajos de inmediato y estuvo integrada por los doctores Horacio Daniel Piombo, Porfirio Aquino, Julio Barberis, Guillermo Cano, Fernando Díaz Ulloque, Pedro J. Frías, Humberto Quiroga Lavié, Raúl Vinuesa y el autor de estas reflexiones". Más adelante Rey Caro destaca que el grupo de trabajo "tuvo en consideración en forma muy especial la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, en razón de que este tipo de instrumentos internacionales presenta características que los asimilan notoriamente a los acuerdos interjurisdiccionales que se celebran entre las provincias o entre las provincias y la Nación en los casos de gobiernos federales como la República Argentina. La interrelación entre instituciones del Derecho Internacional y del Derecho interno es muy frecuente y a veces bien estrecha. No son pocos los casos en que las reglas internacionales y los principios internacionales han inspirado las normas internas y viceversa"(8).

Este mismo autor destaca que son varios los principios básicos que el anteproyecto incluye en lo que hace a observancia, aplicación e interpretación de los tratados. "Uno de ellos es aquel que sustenta todo el andamiaje del Derecho de los tratados, sean éstos internacionales o interjurisdiccionales: el principio *pacta sunt servanda*, expresado en los siguientes términos: 'Todo tratado interjurisdiccional debe ser cumplido de buena fe por las entidades partes'. Otro principio también vinculado

(8) REY CARO, ERNESTO, *Los Tratados Interjurisdiccionales y la Aplicación de Normas Internacionales*, Cuaderno de Federalismo, III-IV, Instituto de Federalismo, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, octubre 1990, ps. 27 y 28.

con la buena fe, es aquel que impide a una entidad parte invocar las disposiciones de su ordenamiento jurídico como justificativo del incumplimiento de las obligaciones emergentes del tratado".

La analogía de las relaciones entre derecho internacional/derecho interno y entre derecho intrafederal/derecho provincial es la que lleva a que estas últimas se inspiren en las normas contenidas en tratados internacionales, ante el silencio del derecho federal sobre el particular. Así lo entendía Karl Triepel quien fue uno de los primeros juristas en sostener que el Estado federal puede aplicar formas del derecho internacional público para regular relaciones de sus Estados miembros(9). Sobre el particular resulta esclarecedora la opinión de María Celia Castorina de Tarquini quien expresa "que esta aplicación es supletoria para el caso en que no existan normas expresas en la legislación federal y que tampoco las previsiones de los tratados interprovinciales regulen expresamente la situación de que se trate". Y, luego agrega en una suerte de útil gradiente de fuentes, que "según este criterio el orden de prelación normativo a aplicarse en la interpretación del tratado interprovincial sería: primero el derecho emanado del propio tratado por ser el principio especial; segundo las normas del derecho federal y de no hallarse solución, en tercer lugar se aplicarán los principios del derecho internacional" (10).

b) La reforma constitucional de 1994 y los tratados parciales

En el punto anterior nos pronunciamos a favor de una aplicación analógica del derecho internacional a la situación que nos ocupa como un modo de llenar las serias lagunas de que adolece el derecho público argentino en lo que refiere al régimen de los tratados interprovinciales, pues éste se limita a lo preceptuado en la Ley Fundamental de la Nación. Para ello nos apoyamos en la opinión de juristas relevantes que comparten nuestra posición. Ahora bien, lo que venimos expresando lo hemos contextualizado dentro del marco constitucional previo a la reforma de 1994. Recordemos, que antes de que ella aconteciera, la cuestión relativa a tratados internacionales estaba prevista principalmente en los arts. 31 y 27. El primero dispone el orden de prelación de las normas cuando expresa que: *"Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación..."*, para luego determinar la preeminencia del derecho federal por sobre el de las provincias. El art. 27, por su parte,

(9) TRIEPEL, KARL, *Les rapports entre le droit interne et le droit internationa*, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International", Paris, 1923, p. 98.

(10) CASTORINA DE TARQUINI, MARÍA CELIA, *La Provincia y las Provincias*, en: D. PÉREZ GUILHOU y otros, *El Derecho Público Provincial*, Depalma, Buenos Aires, 1990, p. 231.

establece que *"El Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras, por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución"* (sobre el particular ver régimen constitucional de los tratados en el Capítulo IV). Cabe recordar especialmente las modificaciones producidas por la Convención Constituyente reformadora de 1994 en lo que hace a la modificación del orden de prelación de las normas. Asimismo, la realidad actual a nivel de estructuras gubernamentales, tendiente a asegurar la conformación de grandes espacios supraestatales por la vía de la integración de las naciones que los conforman, también es objeto de tratamiento. Consideramos que se produce un importante cambio en nuestra "pirámide jurídica" a partir de la modificación que sufre el rango que en la misma ocupan los tratados internacionales. Se trata, como ya se ha visto en el mencionado capítulo, de los nuevos textos contenidos en dos incisos del art. 75. En efecto, una primera prescripción establece el principio general en la materia cuando expresa que *"los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes"* (inciso 22, 1º párrafo, *in fine*). Luego de esta modificación la Argentina pasa a integrar el grupo de países que adscriben a una posición que podríamos considerar como propia de un monismo atenuado.

En efecto, la cuestión relativa a la supremacía de la Constitución Nacional y el orden de jerarquía normativo que de ella se desprende (art. 31 CN) está contemplada en la primera parte o dogmática de la misma. Esto es así en tanto establece uno de los principios básicos del orden constitucional que se crea. En razón de ello, el constituyente se ha pronunciado por la vigencia de estas cláusulas en todo el territorio nacional. Como corolario de esta afirmación en el art. 5º aparece el respeto de la primera parte de la Constitución como una condición para el ejercicio del poder constituyente provincial. Esto es que *"Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional..."*.

Como lógica conclusión de la interpretación integrada de esta cláusula con las contenidas en los arts. 31 y 75 inciso 22 citadas, consideramos que en la actualidad este orden de prelación rige en todo el territorio nacional y para todos los niveles de gobierno, con la imposibilidad para el poder constituyente secundario —de las provincias—, de establecer contenidos opuestos a él. Se nos podrá decir que el mencionado gradiente refiere exclusivamente al bloque de constitucionalidad federal, comprendido por las normas contempladas en el artículo 31, primera parte. Sin embargo, creemos que esta interpretación restrictiva que se derivaría de semejante afirmación peca por defecto y por lo tanto resulta superficial. Opinamos así ya que creemos que la relación imperante entre los tres tipos de normas a que alude el artículo que se acaba de citar

—Constitución Nacional, tratados internacionales y leyes nacionales— y la necesidad de definir el orden de jerarquía entre ellas, exhibe una problemática idéntica a la que se presenta en el interior de cada provincia en lo que respecta a la relación y orden de prelación entre los tratados que ellas celebran con otras provincias y sus propias leyes internas.

La traslación de esta cuestión al espacio provincial e interprovincial es una resultante irrebatible de la enmienda constitucional. Ella encuentra además fundamento en el claro objetivo de fortalecer el federalismo argentino que tuvo la reforma.. Los tratados parciales, cuyo alcance se ha visto hoy extendido a la construcción de las regiones previstas en el nuevo artículo 124, constituyen una herramienta esencial para la concreción del federalismo de concertación que hoy exhibe nuestra Ley Fundamental. Por lo tanto, no se puede aplicar a ellos una suerte de dualismo intrafederal a la hora de determinar su prevalencia por sobre disposiciones que se les opongan derivadas del derecho provincial interno. Esta interpretación no se compadece con la nueva lectura que hoy debe hacerse del artículo 31 (en su visión conjunta con el art. 75, inc. 22), ni con el sesgo que el constituyente ha querido imprimirle a la evolución de nuestra forma de Estado federal.

Así lo ha entendido Bidart Campos[11], quien manifiesta: "brevemente decimos que compartimos la tesis según la cual es aplicable a los tratados interprovinciales previstos en los artículos 124 y 125 de la Constitución, el derecho internacional de los tratados, por lo menos en forma supletoria o subsidiaria cuando es menester integrar, en el punto de que se trate, una laguna de nuestro derecho interno, o cuando hace falta interpretar el tratado provincial en su naturaleza de tal". Quiroga Lavié, Benedetti y Cenicacelaya expresan que "el rango de los acuerdos interjurisdiccionales es obviamente subfederal (artículo 31, CN), y dentro del derecho local, con cierta anticipación en relación a nuestra jurisprudencia federal, ciertas Constituciones locales aclaraban que estos acuerdos tienen prioridad sobre las leyes locales (ej. Córdoba: art. 131; Tucumán: art. 124, y Salta: art. 148)"[12].

Un fallo de la Suprema Corte de Mendoza está reconociendo un orden jurídico intrafederal que ha sido la resultante de la voluntad de las provincias involucradas y que se impone con una prelación superior al de las normas de su derecho interno provincial. Sobre el particular el sentenciante expresa que: "la adhesión, prácticamente compulsiva, a

(11) BIDART CAMPOS, GERMÁN, *Manual de la Constitución Reformada*, t. II, Ediar, Buenos Aires, 1997, p. 425.

(12) QUIROGA LAVIÉ, HUMBERTO y otros, *Derecho Constitucional Argentino*, t. II, Rubinzal-Culzoni, julio de 2001, p. 996.

la ley-convenio de coparticipación federal de impuestos se opera a través de una ley local, que se incorpora al derecho provincial no como una verdadera ley local porque la ley-contrato no se provincializa, sino como expresión de derecho intrafederal, que prevalece sobre las leyes provinciales"[13].

c) Observancia e interpretación

En este punto pretendemos resaltar aspectos volcados con anterioridad. Toda vez que el intérprete del derecho debe desentrañar su contenido frente a lagunas o oscuridades de las normas a dilucidar, necesariamente debe recurrir a ciertos principios. Por una parte, ellos refieren al modo de llevar a cabo la labor de hermenéutica. Por otra parte, se trata de los postulados a proteger y que deben prevalecer ante la posibilidad de interpretaciones divergentes. Respecto de los primeros deben tomarse las disposiciones correspondientes de la tantas veces citada Convención de Viena. Ello así nos parece pertinente la transcripción de las siguientes cláusulas de la misma, en lo que hace a observancia e interpretación de los tratados:

Art. 26. "Pacta sunt servanda". "Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe".

Art. 31. Regla general de interpretación. I. "Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin".

Por ello entre los considerandos de la Convención de Viena las partes firmantes ponen de manifiesto que lo hacen:

"Advirtiendo que los principios del libre consentimiento y de la buena fe y la norma 'pacta sunt servanda' están universalmente reconocidos".

Junto a estas razones se debe tender a la protección de las finalidades a las que apunta la utilización de la herramienta jurídica tratado interprovincial. En tal sentido, como ya hemos manifestado, está en juego la reconstrucción del federalismo en la Argentina, a fin de lograr una modalidad de concertación que permita superar la confrontación. Igualmente, se trata de generar los componentes que hacen a la seguridad jurídica en la órbita de una de las instituciones de la Nación de fuente constitucional que ha quedado como una asignatura pendiente. Resultará imposible

(13) SC Mendoza, sala Civil y Com., sala I, "Farrugia, Pedro y otro c. Poder Ejecutivo", LA LEY, 1999-B, 810 (41.374-S).

conseguir ciertos logros en este campo si las provincias no contribuyen a darle previsibilidad a los compromisos que asumen entre ellas, destinados a la superación de problemas comunes. Y, la cuestión no sólo interesa a las provincias signatarias de un tratado, sino también al conjunto nacional, en tanto está en juego el futuro del federalismo argentino.

d) Consideraciones finales

Apoyándonos en los razonamientos contenidos en los acápites que preceden al presente, resulta que:

- Pese a la importancia que revisten los tratados interprovinciales como herramienta prevista en la Constitución Nacional para la coordinación supraprovincial de facultades, funciones y actividades, no existe en el derecho público argentino un instrumento que establezca el régimen aplicable a los mismos;
- Se impone la búsqueda de normas que permitan colmar tan importante "laguna" normativa;
- En tal sentido, desde larga data una importante corriente de la doctrina nacional e internacional ha extendido la aplicación del derecho internacional como fuente para la solución de esta problemática;
- La Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados ratificada por la Argentina, constituye un elemento esencial a esos efectos. En nuestro país, así lo han entendido tanto la doctrina como la jurisprudencia; la que, aún antes de la reforma constitucional de 1994, se valió de este convenio para en caso de conflicto hacer prevalecer al tratado por sobre una norma de derecho interno susceptible de contradecirlo;
- La misma interpretación cabe hacer respecto de las relaciones del derecho intrafederal, derivado de la celebración de tratado interprovinciales, con el derecho provincial;
- Con la reforma constitucional de 1994 las consideraciones precedentes se ven confirmadas, en tanto la nueva jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación adquiere status constitucional, con la sanción del inciso 22 del artículo 75;
- Como consecuencia de esto último, la prevalencia del derecho internacional sobre el derecho interno debe ser trasladado a la relación derecho intrafederal/derecho provincial, por imperio de los artículos 5º, 123 y 75, inciso 22 de la Constitución Nacional.

3. LOS MUNICIPIOS EN EL DERECHO PÚBLICO ARGENTINO

a) El régimen municipal en la Constitución Nacional

La Constitución histórica sólo alude a los municipios en una de sus disposiciones. Se trata del art. 5º en el que se establecen los requisitos a ser observados por el poder constituyente de las provincias en la redacción de sus leyes fundamentales. Entre ellos, el régimen municipal es uno de los contenidos que las leyes fundamentales de provincia deben necesariamente contemplar. Hasta la reforma del '94 el constituyente nacional sólo exigía la presencia de la institución municipal en el derecho público provincial, sin determinar sus características.

En función de esta clara directiva nacional, las provincias, desde los albores de su organización político-institucional, han incluido dentro de la normativa de sus Constituciones un capítulo consagrado al régimen municipal. Por lo tanto son las provincias quienes pueden determinar las características de sus municipios. La reforma constitucional se ha pronunciado a favor de la autonomía municipal. En efecto, al art. 123 establece que las Constituciones provinciales deben asegurar *"la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero"*.

La naturaleza del municipio —ente autárquico o autónomo— fue materia de discusión jurisprudencial. Hasta 1989 la Corte Suprema había sostenido que los municipios constituían entes autárquicos territoriales de las provincias, definidas como delegaciones de los mismos poderes provinciales, circunscriptos a fines y limites administrativos, que la Constitución ha previsto como entidades del régimen provincial y sujetas a su propia legislación. Pero, en 1989, el Tribunal cambió su doctrina y en "Rivademar c. Municipalidad de Rosario"[14] se pronunció a favor de la autonomía municipal, señalando las diferencias de ésta con los entes autárquicos.

En esa línea argumentativa, la Corte Suprema sostuvo que las provincias no sólo estaban obligadas a establecer el régimen municipal sino que no podían privarlo de las atribuciones mínimas en materia tributaria para desempeñar su cometido. En ese sentido, el tribunal señaló que si los municipios se encontrasen sujetos en esos aspectos a las decisiones de una autoridad extraña, aunque fuesen las provincias, éstas podrían desarticular las bases de su organización funcional.

A partir de 1994 la cuestión se resolvió constitucionalmente pues las provincias asumieron una nueva obligación en materia de organización

(14) LA LEY, 1989-C, 49.

del régimen municipal dado que, en concordancia con el art. 123 CN, ese régimen debe asegurar la autonomía y su alcance debe comprender el orden institucional, político, administrativo y financiero, Así armonizando los arts. 5º, 123 y 6º de la Constitución Nacional corresponde que los lineamientos de la estructura municipal autónoma se fijen en cada Constitución local, con el grado y amplitud que ésta determine. Por otro lado, el incumplimiento de la obligación autonómica constituye una de las causales de intervención federal. Asimismo, la cláusula contenida en el art. 75, inc. 30 dedicado a los establecimientos de utilidad nacional que como se ha visto en el capítulo anterior fueron objeto de una importante reforma en 1994, les reconoce a las autoridades municipales los poderes de policía y de imposición dentro de dichos entes. Por lo tanto esta disposición opera como una suerte de piso mínimo para la autonomía municipal ya que ésta debe comprender dentro de su competencia las facultades mencionadas en el citado artículo.

Se obliga a las provincias a reconocer la autonomía de sus municipios y a fijar las pautas para su alcance y contenido. Sostiene Bidegain que la autonomía es una suerte de poder constituyente condicionado y susceptible de gradaciones, según el número y calidad de las limitaciones que se impongan a su ejercicio. Considera que la autonomía de los municipios no puede tener una amplitud equiparable a la que el art. 5º otorga a las provincias, ya que la autonomía municipal debe desarrollarse dentro del marco otorgado a las provincias y a los límites que les fije el derecho público provincial[15].

Dentro del sistema vigente hasta la sanción de la reforma de 1994, no se impedía que las provincias reconocieran autonomía a sus municipios, pero históricamente —como se ha visto— se les ha reconocido sólo autarquía y, por ello, reciben su forma de organización y funcionamiento de las respectivas legislaturas provinciales, a través del dictado de leyes orgánicas. La Corte Suprema sostuvo en reiteradas oportunidades que las municipalidades no son más que delegaciones de los poderes provinciales, con fines y límites administrativos estrechos (Fallos: 114:282; 123:313; 154:25; 194:111).

Sin perjuicio de lo expuesto, se desarrolló durante la vigencia de la Constitución histórica un régimen de derecho municipal que en muchas provincias reconoció a los municipios potestad para darse su propia carta. Se recuerda siempre la Constitución de Santa Fe, sancionada en 1921, que otorgó autonomía a los municipios. Bajo el imperio de esa Constitución, las ciudades de Santa Fe y Rosario dictaron sus propias cartas

(15) BIDEGAIN, CARLOS MARÍA, *Curso de Derecho Constitucional*, t. II, *Territorio, Población. El Poder: organización*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 46.

orgánicas, que sólo tuvieron vigencia durante tres años, pues una intervención dejó sin efecto la Constitución provincial. Las nuevas Constituciones provinciales incorporan, en su casi totalidad este concepto pleno de autonomía. Ello, de conformidad con dos variantes. Una, le concede la posibilidad de dictar sus cartas a todos sus municipios (por ej.: La Rioja); la otra, le reconoce esta facultad sólo a los de primera categoría (por ej.: Córdoba).

Señalamos que la mencionada Constitución santafesina inauguró en nuestro país la existencia de los municipios de convención. Según dicho sistema, los municipios se dividen en diferentes categorías de acuerdo a su población. Aquellos que se clasifican en la categoría más elevada tienen el derecho a dictar sus propias cartas orgánicas municipales, mediante la reunión de una convención local. La otra forma de organización comunal es la de municipios de delegación, en los cuales, si bien se reconoce la posibilidad de elegir a sus autoridades y facultades normativas plenas, no se les otorga potestad para dictar su propia organización, la que es establecida uniformemente por una ley provincial.

El Consejo para la Consolidación de la Democracia propuso dos alternativas para imponer la autonomía de los municipios. En la primera sugería la reforma del artículo de la Constitución Nacional y el reemplazo de la frase "...su régimen municipal..." por "su régimen de autonomía municipal...". La segunda proponía una reforma más sustancial de dicha norma constitucional y que su redacción quedara en los siguientes términos: "Cada Provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo, republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia y la educación primaria. Asimismo, deberá asegurar su régimen municipal autónomo, la elección de las autoridades municipales por sufragio universal y directo, el manejo por las mismas de los fondos que recauden, facultándolas a dictarse sus propias cartas orgánicas municipales. Bajo estas circunstancias, el Gobierno Federal garante a cada Provincia el goce y el ejercicio de sus instituciones".

La presente cláusula ha llevado a la mayoría de las provincias que no consagraban la autonomía municipal a reformar sus Constituciones. Sin embargo aún no lo han hecho Buenos Aires, Santa Fe y Mendoza. Estas provincias deberían revisar sus Constituciones para adaptarlas a las nuevas pautas establecidas en la Constitución federal, pues de lo contrario sufrirán el peligro de que se impugne la constitucionalidad de su organización sustancial.

Encontramos dentro del derecho comparado una variada gama de posibilidades para organizar los municipios de forma que cumplan el rol de entidades fundamentales en la organización democrática del Estado.

Es en el nivel municipal donde resulta más sencillo lograr el bienestar general y un mayor protagonismo del habitante en el manejo de las cuestiones comunes. Por ello, las formas de organización que se adopten facilitarán el logro del objetivo sustancial de la convivencia política, que es alcanzar una mejor calidad de vida de todos los integrantes de la comunidad política.

En los Estados Unidos la mayoría de las ciudades ha dictado su "carta", en ejercicio de su autonomía. Podemos distinguir tres tipos principales: a) *de intendente y concejo*; b) *de comisión* y c) de gerente (manager). Es esta última la forma más original de organización municipal y que ha conseguido un funcionamiento muy eficiente del gobierno municipal, *en especial, en ciudades de poca densidad de población*. En tales municipalidades existe un concejo encargado de dictar ordenanzas, aprobar presupuesto y designar y remover al gerente. Este funcionario —en general, apartidario y con estudios específicos sobre la administración municipal— elabora el presupuesto, presenta iniciativas de ordenanzas y ejecuta las decisiones del concejo.

Las Constituciones provinciales deben asegurar un régimen municipal autonómico que incluya diversos tipos de autonomía e incluso autarquía para aquellos municipios que no estén en condiciones de dictar sus propias cartas orgánicas. A partir de esta consideración, pensamos que existen distintos grados de autonomía y que sólo gozarían de una plena autonomía los municipios denominados en doctrina "de carta o convención". Esto es así en tanto y cuanto ellos son titulares de una suerte de poder constituyente de tercer grado. Frente a esta primera categoría que responde a un concepto ortodoxo de autonomía, existiría otra, la misma está integrada por municipios que por definición constitucional son autónomos y que poseen una amplia competencia de gobierno que como correlato se ve acompañada por una potestad legislativa. Sin embargo, su régimen se encuadra en una doble fuente de normas supra municipales, de origen constitucional y legal, provenientes de la Constitución provincial y de la ya mencionada ley orgánica.

Para analizar qué tipo de autonomía y qué competencias les corresponden a los municipios de una determinada provincia, hay que recurrir en primer término al capítulo dedicado al régimen municipal contenido en la Constitución de la provincia de que se trate. Pongamos por ejemplo la Constitución de Santa Cruz, en la que en el mencionado capítulo además de reconocer la autonomía en todos sus aspectos para todos los municipios en consonancia con la Constitución Nacional, establece la autonomía institucional para los que dicten su carta orgánica municipal. A pesar del reconocimiento de la autonomía plena, en la provincia no existe hasta el momento ninguna carta orgánica municipal, ni siquiera su capital ha ejercido ese derecho. Sin embargo podemos decir con

satisfacción que el municipio capitalino —Río Gallegos— está en proceso de elaboración de su carta orgánica, por cuanto se ha sancionado la ordenanza que convoca a Convención Constituyente, y se han elegido convencionales en junio de 2009.

Creemos en los valores de la democracia y de la participación, esto *en la libertad en un sentido amplio y total que le permita al hombre* realizarse con dignidad y a los pueblos decidir cómo quieren que este ideal se realice.

b) El régimen municipal en las Constituciones provinciales

Consideramos necesario definir que entendemos por autarquía y autonomía municipal. El *municipio autónomo* importa la existencia de *un tercer nivel de gobierno dentro del territorio, que le permite dictarse* sus propias normas dentro del ámbito de competencia que le confiere la Constitución de la provincia. El *municipio autárquico*, por su parte, *sólo puede administrarse a sí mismo por aplicación de normas que le* son impuestas desde el nivel provincial; además, sus competencias al ser delegadas pueden serle retiradas por la provincia en todo momento.

Tomando como objeto de estudio algunas Constituciones con relación al poder constituyente provincial, se advierte que en las primeras Constituciones provinciales se produjo una tendencia a la definición de la institución como natural de la sociedad y previa a la organización del Estado. Por ejemplo la Constitución de Córdoba en su art. 180 expresa: *"Esta Constitución reconoce la existencia del municipio como una institución natural fundada en la convivencia"*. La misma caracterización se repite de manera parecida a lo largo de las otras Constituciones y ella preanuncia necesariamente el reconocimiento de la autonomía de este tercer nivel de poder territorial, ya que resultaría imposible o al menos groseramente contradictorio pretender la creación legal de una institución a la que se la proclama como natural.

Asimismo los municipios "de carta" han logrado su inclusión en todas las leyes fundamentales. Salvo el caso de La Rioja y de Río Negro que les han concedido esta modalidad a todos sus municipios, en sus arts. 154 y 225 respectivamente, las restantes hacen una doble caracterización, dándole la atribución de dictarse sus propias cartas a los municipios más poblados. Podríamos decir entonces que los municipios de carta gozan de plena autonomía dado que la poseen a nivel institucional (se dictan sus propias normas), político (eligen a sus propias autoridades), administrativo (se administran a sí mismos) y económico (cuentan con fuentes propias de recursos ya que poseen poder impositivo). En tanto que los

restantes municipios tienen semiplena autonomía, pues no la poseen en el plano institucional.

Otro paso importante ha sido dado a nivel político, ya que en las nuevas Constituciones las autoridades municipales son designadas sin excepción por medio de la elección popular y además se hace un amplio reconocimiento de los más variados institutos de democracia semidirecta. En cuanto a la forma de gobierno, casi todas las Constituciones organizan la forma tradicional integrada por el intendente (Poder Ejecutivo) y el Concejo Deliberante (Poder Legislativo). Las excepciones son Córdoba y Río Negro. La primera posibilita tanto en las cartas orgánicas como en la ley orgánica municipal, la existencia de diferentes tipos de gobierno.

La competencia material del municipio ha sido encarada por las Constituciones a través de dos técnicas distintas: la primera recurre a una enumeración concreta de atribuciones, mientras que la segunda agrega a dicha enumeración una cláusula general. En la primera situación se ubican las Constituciones de Catamarca, La Rioja, y de Santiago del Estero, provincia de Buenos Aires; en la segunda, las de Jujuy, Río Negro, Salta, San Juan y San Luis. Córdoba se encuentra en el segundo caso y pensamos que su Constitución contiene la norma más clara y completa, pues ha distinguido las funciones propias, las concurrentes y las delegadas y a continuación expresa: *"ejercer cualquier otra función o atribución de interés municipal que no esté prohibida por esta Constitución y que no sea incompatible con las funciones de los poderes del Estado"* (art. 186, inc. 14). Fórmula que amplía apreciablemente las facultades municipales, las que pasan a integrarse en una competencia municipal general que supera a la reconocida tradicionalmente por el derecho público provincial.

Un claro avance se ha producido en materia de finanzas municipales, ya que la mayoría de las Constituciones le reconoce a sus municipios autonomía financiera, la que resulta clave, pues sin ella pierden virtualidad los demás contenidos de la autonomía. Las nuevas leyes supremas precisan entre las potestades tributarias locales la de percibir impuestos, *además de las tasas y contribuciones de mejoras que se les otorgaba anteriormente*. Asimismo, hacen que los municipios coparticipen en el reparto tanto provincial como federal de impuestos. Una excepción a esta política legislativa la encontramos en la Constitución de La Rioja, la que ni siquiera expresa la facultad de percepción de impuestos por parte de los municipios. Algunas Constituciones han fijado los porcentajes de coparticipación, lo que constituye una garantía muy efectiva, por ejemplo, las Constituciones de Córdoba, el 20 % (art. 188) y de Jujuy, en un 50 % (art. 192 inc. 6), sólo para el impuesto inmobiliario en un 50 %. Podemos concluir esta síntesis sobre el tratamiento que ha tenido el municipio en las nuevas cartas magnas, expresando que gracias al robustecimiento de su autonomía y al acrecentamiento de sus atribuciones, se ha logrado una más rigurosa descentralización territorial en el interior de los estados provinciales.

BIBLIOGRAFÍA

- BIDART CAMPOS, GERMÁN, *Derecho Constitucional de la reforma de 1994*, t. II, Ediar, Buenos Aires, 1998.
- BIDART CAMPOS, GERMÁN, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, t. VI, Ediar, Buenos Aires, 1995.
- BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, t. V, El sistema de derechos y el constitucionalismo provincial, Ediar, Buenos Aires, 1994.
- BIDEGAIN, CARLOS MARÍA, *Curso de Derecho Constitucional*, t. II, *Territorio, Población. El Poder: organización*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995.
- DOUGLAS PRICE, J., *Las regiones y el desarrollo sustentable: Propuestas para el casos de la Región Patagónica Argentina*. Ponencia presentada en el II Coloquio FARN, Villa Carlos Paz, junio de 1999.
- DROMI, ROBERTO y MENEM, EDUARDO, *La Constitución Reformada*, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1994.
- FRÍAS, PEDRO, *La regionalización del país*, La Nación, 1996/10/18.
- GARCÍA, MARÍA DEL CARMEN, *Mecanismos de participación en el derecho público de las provincias patagónicas*, La Ley, Suplemento de Derecho Ambiental, 2004/11/18.
- GARCÍA, MARÍA DEL CARMEN, *La Participación Pública es Posible, Hacia la Primera Audiencia Pública en el Municipio de la Capital de Santa Cruz*, Buenos Aires, D y D, agosto de 2008.
- GÜIDI, GRACIELA y MAYER, CELIA, *Seminario Internacional Federalismo y Región*, Consejo Federal de Inversiones, 1996.
- HARO, RICARDO, *La eficiencia congresional y las comisiones legislativas en Constitución, gobierno y democracia*, Córdoba, 1987.
- MAYER, CELIA y GÜIDI, GRACIELA, *El Nuevo Concepto de Región en el Derecho Argentino*, Colección Estado y Administración, CFI, Buenos Aires, 1987.
- MILA, JULIO, *El vicegobernador y los ministros en las nuevas constituciones provinciales*, en PÉREZ GUILHOU, D. y otros: *Derecho Público Provincial*, t. II, Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos, Depalma, Buenos Aires, 1991.

- ORTIZ PELLEGRINI, *Los decretos de necesidad y urgencia en la Constitución Nacional de 1994*, Depalma, 1994.
- ROSATTI, BARRA, GARCÍA LEMA, MASNATTA, PAIXAO, QUIROGA LAVIÉ y MOSSET ITURRASPE, *La Reforma de la Constitución explicada por Miembros de la Comisión Redactora*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994.
- SABSAY, DANIEL A. y ONAINDIA, JOSÉ M., *La Constitución de los Argentinos*, Errepar, Buenos Aires, 1994.
- SABSAY, DANIEL A. y ONAINDIA, JOSÉ M., *La Constitución de los Porteños*, Errepar, Buenos Aires, 1997.
- SABSAY, DANIEL A., *Las nuevas constituciones provinciales en la Argentina: un análisis comparado*, en *Reforma institucional y cambio político*, DIETER NOHLEN y LILIANA DE RIZ (comps.), CEDES Legasa, Buenos Aires, agosto de 1991.

CAPÍTULO VIII

LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

SUMARIO: 1. Situación jurídica luego de la reforma constitucional del '94.— 2. Características de la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires. a) Similitudes con las provincias. b) Diferencias con las provincias. i) Deslinde de competencias. ii) Participación de los Estados provinciales. c) Alcance de la autonomía de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. i) Poder constituyente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. ii) La naturaleza jurídica de la Ciudad en la doctrina nacional. iii) Facultades de la Ciudad de Buenos Aires en materia de legislación y de jurisdicción.— 3. El proceso de institucionalización de la Ciudad de Buenos Aires. Potestades de la ciudad. a) La ley de garantías. b) Facultades legislativas.— 4. La Constitución de la Ciudad de Buenos Aires. a) Consideraciones generales. i) El proceso constituyente. ii) La técnica legislativa utilizada. b) Comentarios sobre el articulado constitucional. i) Parte Dogmática. i.1) Democracia participativa. i.2) Derecho a un ambiente sano. i.3) Igualdad entre personas varones y mujeres. i.4) Garantías. i.5) Políticas especiales. i.6) Derechos del consumidor. ii) Parte Orgánica. ii.1) Poder Ejecutivo. ii.2) Poder Legislativo. ii.3) Poder Judicial. c) Situación actual del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires. d) Consideraciones finales.— Bibliografía.

1. SITUACIÓN JURÍDICA LUEGO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DEL '94

La reforma constitucional de 1994 obligó a la Ciudad de Buenos Aries a definir su perfil institucional dentro del nuevo marco allí establecido. Para ello debió dejar de lado su natural inclinación a situarse exclusivamente en su perspectiva nacional, olvidando su realidad local. La condición de Ciudad sede de las autoridades nacionales que le ha brindado a Buenos Aires el hecho de ser la capital de la Nación por más de un siglo, ha provocado sobre sus habitantes una dificultad de reconocerse como integrantes de una comunidad local, apoyándose casi exclusivamente en su identidad de capitalinos[1].

(1) Recién con el debate sobre la elección directa del Intendente de la Ciudad —que afloró a poco de iniciada la transición democrática— los porteños han tomado conciencia de la situación de irritante desigualdad en que se encontraban respecto de los habitantes

Por primera vez, de manera expresa, desde la misma Ley Fundamental, Buenos Aires aparece con un status distinto del de sede de la capital de la Nación y deja de ser un municipio autárquico. El constituyente de reforma no ha sido claro en cuanto al alcance de la autonomía de la Ciudad y surgen serias dudas sobre su régimen jurídico[2]. Para desentrañar esta suerte de enigma institucional debemos tener en cuenta las características tan particulares de la Ciudad. Entre ellas destacamos su doble rol de sede de las autoridades nacionales y de asiento de una comunidad que, en una superficie territorial relativamente pequeña para albergar un número tan grande de habitantes, desarrolla actividades de tipo urbano en su calidad de comunidad políticamente organizada. Esta doble identidad gravita necesariamente sobre el diseño de su régimen jurídico e impide una asimilación lisa y llana con el que rige para los tres niveles de gobierno tradicionales reconocidos en la Constitución Nacional —Nación, Provincias y Municipios—.

Ahora bien, dadas estas particularidades, ¿podemos afirmar que nos encontramos ante una categoría de nivel de gobierno diferente a los tres existentes con anterioridad a la reforma constitucional? La respuesta a este interrogante no es sencilla; en una primera aproximación se tiende a encontrar la respuesta desde el "ropaje" institucional de los tres esquemas mencionados[3].

El artículo 129[4] de la Constitución Nacional le concede a la Ciudad un régimen de gobierno autónomo, con facultades propias de legislación y jurisdicción. A partir de esta disposición consideramos imprescindible desentrañar el sentido, alcance, y efectos de la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires.

---

tanto de una provincia como de cualquier comuna del interior. Por nuestra parte, nunca dudamos sobre el carácter necesariamente electivo que debían tener las autoridades de la Municipalidad capitalina (SABSAY y ONAINDIA, 1991:121).

(2) SABSAY, DANIEL A. y ONAINDIA, JOSÉ M., *La Constitución de los Argentinos*, Errepar, Buenos Aires, 1997 (comentario del art. 129).

(3) SABSAY, DANIEL A., *La Ciudad de Buenos Aires y la reforma constitucional. Alcance de la autonomía acordada. Consecuencias institucionales*, en: *Ciudad de Buenos Aires. Gobierno y descentralización*, HILDA M. HERZER (comp.), Colección CEA-CBC, UBA, Buenos Aires, 1996, p. 24.

(4) Art. 129 CN: "La Ciudad de Buenos Aires tendrá un régimen de gobierno autónomo, con facultades propias de legislación y jurisdicción, y su jefe de gobierno será elegido directamente por el pueblo de la ciudad.

Una ley garantizará los intereses del Estado nacional, mientras la ciudad de Buenos Aries sea capital de la Nación.

En el marco de lo dispuesto en este artículo, el Congreso de la Nación convocará a los habitantes de la ciudad de Buenos Aires para que, mediante los representantes que elijan a ese efecto, dicten el Estatuto Organizativo de sus instituciones".

2. CARACTERÍSTICAS DE LA AUTONOMÍA DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

Partiendo de la diferenciación entre Capital Federal y Ciudad Autónoma de Buenos Aires abordaremos el análisis de las características propias de la autonomía de la Ciudad, para lo cual desde el texto reformado de nuestra Constitución Nacional, la compararemos con las provincias, determinaremos las características de su poder constituyente, su relación con la Nación.

a) Similitudes con las provincias

El régimen de la Ciudad de Buenos Aires presenta varios aspectos comunes con el de las provincias. En efecto, así ocurre con:

- La determinación de su representación en la Cámara de Diputados, art. 45[5], y en la de Senadores, art. 54[6]. Asimismo el hecho de que la Ciudad esté presente en ambas Cámaras del Congreso se compadece con lo establecido en el art. 44 en el cual se dice que el Poder Legislativo nacional será ejercido por un *"Congreso compuesto de dos Cámaras, una de diputados de la Nación y otra de senadores de las Provincias y de la Ciudad de Buenos Aires"*.

- La intervención federal como remedio excepcional del gobierno nacional puede ser aplicado en las provincias y en la ciudad. Así lo disponen los arts. 75, inc. 31[7], que le concede esta facultad al Legislativo y 99, inc. 20[8], que la pone en cabeza del Ejecutivo, en caso de receso del Congreso.

- La distribución de impuestos coparticipables, a través de una ley convenio debe ser llevada a cabo entre la Nación, las Provincias y

---

(5) Art. 45 CN. La Cámara de diputados se compondrá de representantes elegidos directamente por el pueblo de las provincias, de la ciudad de Buenos Aires, y de la Capital en caso de traslado que se consideran a este fin como distritos electorales de un solo Estado y a simple pluralidad de sufragio...".

(6) Art. 54 CN. "El senado se compondrá de tres senadores por cada provincia y tres por la ciudad de Buenos Aires elegidos en forma directa y conjunta...".

(7) Art. 75 inc. 31 CN. "Disponer la intervención Federal a una provincia o a la ciudad de Buenos Aires. Aprobar o revocar la intervención decretada, durante su receso, por el Poder Ejecutivo".

(8) Art. 99 inc. 20 CN. "Decreta la intervención Federal a una provincia o a la ciudad de Buenos Aires en caso de receso del Congreso, y debe convocarlo simultáneamente para su tratamiento".

la Ciudad de Buenos Aires (art. 75, inc. 2, párrafo. 3º[9]). Además, los dos últimos párrafos de la cláusula que estamos comentando disponen que *"no habrá transferencia de competencias, servicios o funciones sin la respectiva reasignación de recursos, aprobada por la ley del Congreso cuando correspondiere y por la provincia interesada o la Ciudad de Buenos Aires en su caso"*, y que un organismo federal *"que deberá asegurar la representación de todas las provincias y la Ciudad de Buenos Aires"* será el encargado de controlar la aplicación del sistema.

- El art. 125 dispone a continuación del listado de acciones que pueden llevar a cabo las provincias para asegurar su desarrollo —cláusula del progreso—, la facultad tanto para ésta como para la Ciudad de Buenos Aires de *"conservar organismos de seguridad social para los empleados públicos y los profesionales"*. Luego se detallan varias acciones propias del constitucionalismo social como *"promover el progreso económico, el desarrollo humano, la generación el empleo"*, entre otras, que en este caso también pueden ser llevadas a cabo por la Ciudad de Buenos Aires.

b) Diferencias con las provincias

Estas similitudes entre la ciudad y las provincias no pueden, sin embargo, conducirnos a equívocos, son varias y algunas de importancia, las diferencias que como veremos a continuación impiden asimilar la condición de ambas personas jurídicas de derecho público:

i) Deslinde de competencias

Una primera diferencia surge de la comparación entre:

I) el modo cómo se determina el deslinde de competencias entre, por un lado, la Nación y las Provincias; y, por el otro, entre la primera y la Ciudad de Buenos Aires. El principio fundamental en la materia surge del art. 121 de la Constitución Nacional cuando expresa que *"las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal"*.

(9) Art. 75 inc. 2, párr. 3º, CN. "La distribución entre la Nación, las Provincias y la ciudad de Buenos Aires y entre éstas, se efectuará en relación directa a las competencias, servicios y funciones de cada una de ellas contemplando criterios objetivos de reparto; será equitativa, solidaria y dará prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional".

II) Veamos ahora el modo cómo el constituyente de reforma ha instrumentado el deslinde de competencias entre la Nación y la Ciudad de Buenos Aires. El alcance de las facultades del nuevo ente territorial no ha sido establecido en el articulado constitucional de modo expreso, el mismo se remitió a una ley que *"garantizará los intereses del Estado Nacional, mientras que la Ciudad de Buenos Aires sea capital de la Nación"* (art. 129 CN).

Ello nos permite extraer las siguientes consideraciones:

Que la técnica empleada para efectuar la distribución de facultades es diferente en el caso de la ciudad del que aplica el constituyente para diferenciar "lo nacional" de "lo provincial". Esto es así, pues es la Nación la que tiene a su cargo la definición de parte de la competencia de la Ciudad. Mientras que son las provincias las que determinan la magnitud de las potestades nacionales.

Ahora bien, a esta altura de nuestro análisis cabe referirse a un aspecto sustancial de la cuestión. Se trata de la determinación de los límites de la facultad del gobierno nacional en la materia. El constituyente al establecer que el Estado Nacional debe garantizar sus intereses por medio de una ley especial, *"mientras la Ciudad de Buenos Aires sea capital de la Nación"* (art. 129, 2º párrafo), ha dado las pautas necesarias para desentrañar el *quantum* de esta potestad nacional. Un primer señalamiento viene de la mano de la autonomía acordada. Es decir que si el constituyente define a la Ciudad como ente autónomo ha querido dotarla de las herramientas necesarias para poder llevar a cabo esta identidad institucional. Sería contradictorio pensar que al mismo tiempo se le ha concedido a otro ente —la Nación— la potestad de determinar a su libre arbitrio, la magnitud de sus facultades sobre la Ciudad, con el riesgo de suprimir o de producir un serio menoscabo a dicha autonomía.

La irrazonabilidad y la arbitrariedad es obvio que, como en las restantes materias contempladas en la Ley Fundamental, han estado ausentes del pensamiento del constituyente de reforma. Acá cobra plena vigencia como principio liminar de nuestra Ley Fundamental la cláusula del art. 28. Por otra parte, no por casualidad el constituyente señala la transitoriedad del asiento de la capital en el territorio de la Ciudad de Buenos Aires. Característica que también está presente en otras disposiciones constitucionales concordantes (arts. 3º, 44, 45 —abre la posibilidad del traslado de la capital— y 129, 2º párrafo —ídem a la anterior—).

Tengamos en cuenta que se crea un nuevo nivel de gobierno y a continuación, dada su condición de asiento de la Capital Federal, se le reconoce a ésta la potestad de contar con aquellas facultades que hagan a su normal desempeño —técnica de "resguardo"— y que tiendan a la

protección de los intereses nacionales. O sea que la esfera nacional apunta a la protección de las funciones de naturaleza federal que ella ejerce. Toda pretensión que so pretexto de dar cumplimiento a dichos cometidos en realidad invada de manera arbitraria o irrazonable la esfera de la Ciudad, no se compadece con el marco institucional descrito debiendo ser tachada de inconstitucional. Por lo tanto, la presencia del Congreso Nacional no puede convertirse en una suerte de factor de anulación de la personalidad de la Ciudad de Buenos Aires. Esta recibe sus atribuciones por decisión del constituyente de reforma y las mismas se encuadran dentro del marco de un perfil institucional de carácter autonómico.

ii) Participación de los estados provinciales

Continuando con el análisis de las diferencias entre las potestades provinciales y las de la Ciudad de Buenos Aires el inc. 2º del art. 75 CN, dispone que las provincias participan en la distribución de los impuestos y poseen, además, la potestad de imponer contribuciones directas e indirectas (párrafo 1º de dicha disposición) prerrogativa que no le es concedida a la Ciudad. Luego, en el párrafo 4º del mismo inciso, surge otra facultad que sería privativa de las provincias en la medida en que no se ha aludido a la Ciudad. Nos referimos a la intervención de las provincias en la aprobación de la ley convenio.

Situaciones similares se presentan con el no reconocimiento expreso del dominio originario de sus recursos naturales (art. 124, 2ª parte[10]); tampoco ha sido contemplada la Ciudad como parte de la celebración de tratados parciales (art. 125[11]), ni se ha previsto de manera expresa que el Jefe de Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires se constituya en agente natural del *"Gobierno federal para hacer cumplir la Constitución y las leyes de la Nación"*, como es el caso de los gobernadores de provincia (art. 128). Con respecto a los recursos naturales, la Constitución de la Ciudad reivindica dicho dominio en su art. 8º[12].

---

(10) Art. 124, CN. "Las provincias podrán crear regiones para el desarrollo económico-social y establecer órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines y podrán también celebrar convenios internacionales en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no afecten las facultades delegadas al Gobierno Federal o el crédito público de la Nación; con conocimiento del Congreso Nacional. La ciudad de Buenos Aires tendrá el régimen que se establezca a tal efecto. Corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio".

(11) Art. 125 CN. "Las provincias pueden celebrar tratados parciales para fines de administración de justicia, de intereses económicos y trabajos de utilidad común con conocimiento del congreso federal...".

(12) Art. 8º CCABA. "Los límites territoriales de la Ciudad de Buenos Aires son los que históricamente y por derecho le corresponden conforme a las leyes y decretos nacionales vigentes a la fecha. Se declara que la Ciudad de Buenos Aires es corribereña del Río de la Plata y del Riachuelo, los cuales constituyen en el área de su jurisdicción bienes de su dominio público. Tiene el derecho a la utilización equitativa y razonable de sus aguas y de los demás recursos naturales del río, su lecho y subsuelo, sujeto a la obligación de no causar perjuicio sensible a los demás corribereños. Sus derechos no pueden ser turbados por el uso que hagan otros corribereños de los ríos y sus recursos. Todo ello, sin perjuicio de las normas de derecho internacional aplicables al Río de la Plata y con los alcances del artículo 129 de la Constitución Nacional.

La Ciudad tiene el dominio inalienable e imprescriptible de sus recursos naturales y acuerda con otras jurisdicciones el aprovechamiento racional de todos los que fueran compartidos.

En su carácter de corribereña del Río de la Plata y del Riachuelo, la Ciudad tiene plena jurisdicción sobre todas las formaciones insulares aledañas a sus costas, con los alcances permitidos por el Tratado del Río de la Plata. Serán consideradas como reservas naturales para preservar la flora y la fauna de sus ecosistemas.

Los espacios que forman parte del contorno ribereño de la Ciudad son públicos y de libre acceso y circulación.

El Puerto de Buenos Aires es del dominio público de la Ciudad, que ejerce el control de sus instalaciones, se encuentren o no concesionadas".

c) Alcance de la autonomía de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

En este importante tema la base de interpretación es la ubicación que le ha dado el constituyente a la Ciudad de Buenos Aires en el articulado de la Ley Fundamental. Se trata del Título Segundo de la parte orgánica, denominado: "Gobiernos de Provincia". Por ello, salvo disposición expresa en contrario, todo lo relativo al régimen de las provincias es de aplicación supletoria a la Ciudad. De alguna manera podríamos expresar nuestra posición a través del principio *in dubio pro autonomía*. Es decir que toda vez que una disposición constitucional admita más de una interpretación, habrá que estarse a la que sea más favorable a la concreción de una auténtica autonomía del nuevo nivel de gobierno.

i) Poder Constituyente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

A partir de dos clasificaciones adoptadas por la doctrina en materia de poder constituyente determinaremos sus características en la Ciudad de Buenos Aires.

En primer lugar, tal como lo expresamos en el Capítulo II, se puede distinguir entre *poder constituyente originario y poder constituyente derivado*, el primero se ejerce para fundar un nuevo Estado y darle su texto constitucional primigenio, mientras el segundo se ejerce dentro de un Estado ya organizado constitucionalmente y su finalidad es modificar disposiciones de la Constitución vigente.

Otra clasificación posible, tiene en cuenta la amplitud del poder constituyente, diferenciando el poder constituyente *primario y el secundario.*

Así las provincias tienen un poder constituyente secundario por cuanto sus Constituciones deben cumplir las condiciones, que una norma superior le impone. En su ejercicio debe someterse a las condiciones de legitimidad establecidas en una norma constitucional superior y suprema. Se trata de una distinción que se efectúa en el interior de un Estado federal y que divide al poder constituyente en primario o en secundario en función de cuál sea su titular: la Nación, en su calidad de titular de la soberanía estatal, al no tener ningún otro poder por encima de ella susceptible de condicionar el ejercicio de sus propias potestades, es titular de un poder constituyente primario. Como quedó expresado las provincias y la Ciudad de Buenos Aires tienen un poder constituyente secundario.

Aplicando estos conceptos a la Ciudad de Buenos Aires, observamos que según el texto del artículo 129, 3º párrafo, ella también posee la potestad de "constituir" sus pautas institucionales fundamentales. Su poder constituyente es originario en razón de que su ejercicio no se encuentra predeterminado por instituciones o normas que le son previas en lo que hace al tratamiento de las cuestiones de su incumbencia. Por éstas nos referimos a las instituciones básicas que regirán la vida política y comunitaria del nuevo nivel de gobierno.

Las limitaciones que puede tener el poder constituyente porteño, al igual que el de las provincias, sólo hacen a su carácter secundario, es decir que se relaciona con la segunda clasificación. Tanto las provincias como la Ciudad de Buenos Aires, por ser autónomas, pueden ser objeto de ciertos límites al ejercicio de su poder constituyente y por ese motivo éste es de tipo secundario.

Estas condiciones o límites tienen como objetivo asegurar la continuidad del sistema jurídico basado en las reglas y principios del Estado de Derecho. Este es el claro sentido de los arts. 5º y 123[13] de la Ley Fundamental de la Nación. Es por ello que las potestades provinciales y las de la Ciudad de Buenos Aires para dictar sus Constituciones están limitadas al respeto del sistema democrático de organización política y de los principios, declaraciones y garantías consagradas en la Constitución Nacional. De modo tal que las autonomías provincial y porteña en este campo se manifiestan en la posibilidad de consagración de mayores derechos y garantías de sus habitantes y en la adaptación del régimen de gobierno a las peculiaridades de cada unidad política.

En el caso porteño, dada la particularidad de ser Buenos Aries la sede de las autoridades de la Nación, a las señaladas limitantes que surgen del texto constitucional, debemos agregar las prescripciones de la mencionada ley a la que alude el 2º párrafo del art. 129, por cuanto termina el diseño del marco jurídico de actuación de su poder constituyente secundario. No existe ninguna otra fuente jurídica o extrajurídica, además de las mencionadas, pasible de establecer nuevos condicionantes al ejercicio del poder constituyente originario porteño. Autonomía que a pesar de esas limitaciones debe significar la posibilidad de determinar de algún modo el funcionamiento y las características organizacionales de sus poderes constituidos y el alcance de sus contenidos dogmáticos, de lo contrario no se trataría de autonomía.

(13) Art. 123 CN. "Cada provincia dicta su propia constitución, conforme a lo dispuesto por el art. 5º asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero".

En consecuencia, los poderes constituidos que crea el estatuto no se derivan de los órganos que los precedían en el gobierno de la Ciudad. A partir del 25 de agosto de 1994, día de la entrada en vigencia de la reforma constitucional nacional, nace un nuevo régimen jurídico para la Ciudad de Buenos Aires. Para el establecimiento de dicho orden jurídico el constituyente nacional ha previsto un proceso constituyente originario, de carácter fundacional, cuyo marco de actuación debe compadecerse con las secuencias institucionales y con las condiciones de ejercicio que el mismo determina.

ii) La naturaleza jurídica de la Ciudad en la doctrina nacional

A nuestro entender es posible agrupar las diferentes opiniones que se han vertido sobre este tema en cuatro grandes grupos, sin por ello desconocer los variados matices que cada una de ellas presenta:

I) Autarquía: si bien se trata de una postura minoritaria, ella es sostenida por figuras de la talla de Spota y Marienhoff. Este último considera que autonomía significa que el ente que goza de ella posee un poder propio y originario y no que le ha sido otorgado por otro ente superior a él[14]. La personería que ha adquirido la Ciudad de Buenos Aires en la estructura constitucional argentina, semeja mucho más a una autarquía que a una autonomía[15].

II) Autonomía diferente de la de las provincias: la expresión es nuestra y en ella tratamos de agrupar a una orientación mayoritaria, que se demuestra en las limitaciones al concepto tradicional de autonomía que el texto constitucional presenta y que llevan a la creación de una suerte de híbrido entre la provincia y el municipio. En realidad se trata de un *tertium genus,* esto es, ni provincia, ni municipio: ciudad autónoma o autonómica, opinión que hemos superado, y actualmente considera-

(14) MARIENHOFF, MIGUEL S., *La Autonomía de la Ciudad de Buenos Aires y la Constitución Nacional de 1994*, El Derecho, Buenos Aires, 1995.

(15) SPOTA, ALBERTO A., *Naturaleza político-institucional de la Ciudad de Buenos Aires en el texto de la Constitución vigente a partir de agosto de 1994*, LA LEY, 1995-A, 967.

mos que resulta ocioso querer ubicar a la Ciudad necesariamente dentro de niveles de gobierno de rango constitucional. Creemos que es más útil a los fines de la interpretación, aceptar que se trataría de un nivel de gobierno diferente por las características propias ya apuntadas y en especial por su tan particular relación con la Nación. En consecuencia, a los tres niveles de gobierno ya existentes en el articulado constitucional, ahora ha venido a agregarse un cuarto: la Ciudad de Buenos Aires.

III) Buenos Aires no es un municipio autónomo, pero es más que un autónomo municipio[16]. También se considera que tiene carácter de semiprovincia [17]. Dentro de esta tesitura se ubican juristas como Vanossi, Loñ, Natale, Frías —habla de municipio federado—, Badeni, García Lema, Loianno. También se ha aludido a una entidad *suì generis*[18].

IV) Autonomía equivalente a la de las provincias: quienes se alinean en esta posición consideran que Buenos Aires se ubica en cuanto a su naturaleza jurídica en una situación similar a la de las provincias[19]. Opinan del mismo modo Barcesat y Vincent, entre otros. La Ciudad de Buenos Aires posee un status institucional casi equivalente al de una provincia[20]. Este último autor en un interesante aporte a la reglamentación del artículo 129 CN, considera inconstitucionales a las leyes 24.588[21] y 24.620[22]. Por ello recomienda la modificación de la primera a través de una ley correctiva, cuyos contenidos establece a través de una detallada exposición de cada una de las disposiciones que ella debiera contemplar. El sentido de las mismas se ubica en el reconocimiento para la Ciudad de una autonomía muy cercana a la de una Provincia. Así ocurre en materia de seguridad, jurisdicción, etc.

iii) Facultades de la Ciudad de Buenos Aires en materia de legislación y de jurisdicción

Independientemente de la definición en materia de naturaleza jurídica, creemos fundamental poder determinar las facultades legislativas

(16) LOSA, NÉSTOR O., *El derecho municipal en la Constitución vigente*, Ed. Abaco de R. Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 307.

(17) DROMI, ROBERTO y MENEM, EDUARDO, *La Constitución Reformada*, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1994, p. 420.

(18) BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Poder Judicial y autonomía de la Ciudad de Buenos Aires*, Ad- Hoc, Buenos Aires, 1995, p. 536.

(19) DE LA RÚA, JORGE, *El nuevo status jurídico de la Ciudad de Buenos Aires*, LA LEY 1994-E, 1122.

(20) PADILLA, MIGUEL M., *Estatuto Autonómico de la Ciudad de Buenos Aires*, en: *Leyes Reglamentarias de la reforma constitucional. Pautas y Sugerencias Fundamentales*, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Buenos Aires, 1996, p. 368.

(21) Ley 24.588, B.O. 1995/11/30.

(22) Ley 24.620, B.O. 1996/01/06.

y jurisdiccionales de la Ciudad que se derivan de su nuevo régimen institucional. En este punto nos ocuparemos de interpretar el texto constitucional, cuando se refiere a un gobierno autónomo, *"con facultades propias de legislación y jurisdicción"*. En cuanto a la facultad legislativa, nos parece importante precisar el modo como consideramos debe ser entendida esta atribución. Una primera pauta consiste en el reconocimiento a la Ciudad de una potestad legislativa general. Es decir que aquellas materias que en definitiva queden a su cargo deberán ser reguladas por medio de normas generales y abstractas.

Ahora bien, ¿cuáles son las materias que quedan en manos de la Ciudad? Ello depende del modo como el legislador entiende que deben garantizarse los intereses nacionales en la sede de las autoridades de la Nación tomando en consideración los límites constitucionales mencionados. De todos modos las aspiraciones del Congreso encuentran su límite en la definición institucional de la Ciudad que ha efectuado el constituyente. En tal sentido, a todo embate del Poder Legislativo nacional deberán contraponerse las necesidades de un gobierno autónomo. Su competencia no puede quedar cercenada de modo de convertir a la Ciudad en una suerte de "minusválido institucional".

El art. 129 como norma de competencias ha querido, en primer término, crear una nueva persona jurídica de derecho público: la Ciudad de Buenos Aires y ha expresado sus rasgos más trascendentes, rasgos que mantendrá en forma continua y permanente, ya que aun en el caso de traslado de la Capital Federal, la Ciudad de Buenos Aires, seguirá siendo la "Ciudad Autónoma de Buenos Aires".

En segundo término, en atención a la presencia del gobierno nacional sobre su territorio el constituyente ha querido preservar los intereses de la Nación dentro de ese ámbito. La resultante de este juego institucional debe redundar en el desarrollo normal de ambas instituciones. Toda invasión injustificada de parte del Congreso importará una violación del texto constitucional, la interpretación de los límites deberá llevarse a cabo por aplicación del principio de razonabilidad entre medios y fines (art. 28, CN). El dictado de la ley 24.588 de garantías de la Nación en la Ciudad, por parte del Congreso, a nuestro entender supera los límites que el constituyente le ha reservado a la primera. Como ya veremos, tanto esta norma como la ley 24.620 invaden claramente la competencia de la Ciudad.

La competencia del Poder Judicial de la Ciudad tampoco surge con claridad del texto constitucional. El primer elemento de observación lo encontramos en la cláusula general del artículo 129, 1º párrafo, que le concede al gobierno de la Ciudad facultades de jurisdicción. Esta disposición le confiere a la Ciudad un Poder Judicial propio. Sin embargo, la

magnitud de dicho poder ha dado lugar al planteo de diferentes posiciones respondiendo al interrogante: ¿cuál es el alcance de esta Judicatura? En este punto también es aplicable lo que ya hemos precisado respecto de la distribución de facultades entre la Nación y la Ciudad. O sea que con relación a este capítulo trascendente de la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires cabe señalar que el Congreso, en la ley de garantías, puede determinar qué porción del Poder Judicial con competencia en el territorio de la Ciudad, debe continuar en manos de la justicia nacional. Ahora bien, esto no puede importar una suerte de "piedra libre" para que la Nación conserve en su totalidad a la actual justicia nacional con competencia en la Capital.

Esta afirmación que acabamos de efectuar toma como base de sustentación lo preceptuado por el constituyente en la disposición transitoria decimoquinta. Allí queda dicho que *"hasta tanto se haya dictado el Estatuto Organizativo, la designación y remoción de los jueces de la Ciudad de Buenos Aires se regirá por las disposiciones de los artículos 114*[23] *y 115 de esta Constitución"*. Pues bien, los mencionados artículos se refieren a las nuevas modalidades para la selección y remoción de los *"jueces de los tribunales inferiores de la Nación"* —así reza el art. 115—. Este nuevo elemento nos parece claro y nos permite resaltar nuestra conclusión anterior, en el sentido de que la Ciudad debe contar con un Poder Judicial, integrado por la actual justicia nacional de la Capital, salvo aquellas ramas que a juicio del Congreso deberían permanecer en la órbita nacional (art. 129, 2º párrafo). Esta aseveración se torna incierta en su alcance en razón de que el constituyente de reforma no ha incluido a la Ciudad de Buenos Aires en el art. 75, inc. 12[24]. Ella, en consecuencia, no goza de la potestad de aplicar la legislación común dictada por el Congreso nacional. El citado inciso, después de establecer la facultad del Congreso de la Nación de dictar los códigos de fondo, (facultad delegada por las

(23) Art. 114 CN. El Consejo de la Magistratura, regulado por una ley especial sancionada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, tendrá a su cargo la selección de los magistrados y la administración del Poder Judicial... Serán sus atribuciones: 1. Seleccionar mediante concurso público los postulantes a las magistraturas inferiores. 2. Emitir propuestas en ternas vinculantes, para el nombramiento de los magistrados de los tribunales inferiores.

(24) Art. 75, inc. 12, CN. "Dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones; y especialmente leyes generales para toda la Nación sobre naturalización y nacionalidad, con sujeción al principio de Nacionalidad natural y por opción en beneficio de la Argentina; así como sobre bancarrotas, sobre falsificación de la moneda corriente y documentos públicos del Estado, y las que requiera el establecimiento del juicio por jurados".

provincias, art. 121 CN) agrega: *"sin que tales Códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones..."*. Por lo tanto quedan definidos los tribunales que en razón del lugar, pueden aplicar la legislación de fondo. Se trata únicamente de los tribunales federales o de los provinciales.

Aún en el hipotético caso de que el constituyente haya incurrido en una omisión involuntaria, extremo poco probable, pues en relación a otras materias se ha ocupado especialmente de determinar las situaciones en las cuales la Ciudad queda asimilada a las provincias (como por ejemplo en lo relativo a intervención federal, o a contribuciones o a regiones, etc.[25]), el texto es por demás claro como para una interpretación analógica. Este tema ha sido el objeto de un diseño por demás ambiguo y en consecuencia resulta difícil la determinación de una solución susceptible de escapar a los cuestionamientos ulteriores de índole constitucional. Pareciera que sólo podrían pasar a manos de la Ciudad los tribunales encargados de aplicar la normativa administrativa, electoral y tributaria, juntamente, por supuesto, con la actual justicia municipal de faltas. Esta es la solución contenida en la ley de garantías, la que establece que la Ciudad *"tendrá facultades propias de jurisdicción en materia de vecindad, contravencional y de faltas, contencioso-administrativa y tributaria locales"* (art. 8º, 2º párrafo[26]). Claro que con el injustificable olvido de la mencionada jurisdicción electoral que es por su esencia de naturaleza local, tal como lo afirmamos luego cuando analizamos la ley 24.620. En este juego de ambigüedades y contradicciones, si nos atenemos al art. 129 y a su disposición transitoria, el Poder Judicial porteño debería ser asimilado al de un homólogo de cualquier provincia. Mientras que otra es la interpretación aplicable cuando debemos recurrir al citado inciso del art. 75, cuyo silencio no permite dudar sobre el sentido final a darle a la cuestión. El proceso de institucionalización de la CABA ha incurrido en contradicciones en primer lugar entre lo resuelto en la ley 24.588 y lo estipulado en la Constitución porteña y luego, el proceso de traspaso de la denominada justicia nacional de la Capital de conformidad con lo que se ha ido acordando entre las instancias políticas del Poder Ejecutivo nacional y la comisión "Ciudad de Buenos Aires" del Congreso de la Nación, encargada de asegurar el seguimiento y la coordinación durante el proceso de transición en que está envuelta la Ciudad.

(25) BIELSA, RAFAEL A. y GRAÑA, EDUARDO R., *Poder Judicial y Autonomía de la Ciudad de Buenos Aires*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1995.

(26) Ley Cafiero 24.588. Art. 8°, párrafo 2: "La Ciudad de Buenos Aires tendrá facultades propias de jurisdicción en materia de vecindad, contravencional y de faltas, contencioso-administrativa y tributaria locales".

3. EL PROCESO DE INSTITUCIONALIZACIÓN DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES. POTESTADES DE LA CIUDAD

a) Etapas

El proceso de puesta en marcha de las instituciones de la Ciudad fue previsto desde la Constitución Nacional por el constituyente de reforma de 1994, en distintas etapas.

1. Primer paso: se concretó con el dictado de la llamada *"ley de garantía de los intereses de la Nación en la Ciudad de Buenos Aires"*, ley 24.588.
2. Segundo paso: Continuó con la celebración de las elecciones en que resultaron designados el Jefe y el Vicejefe de Gobierno y los integrantes de la Convención Constituyente.
3. Tercer paso: la sanción del estatuto, previsto en el art. 129 CN con lo cual se dio conclusión a la actividad de su poder constituyente originario.
4. Cuarto paso: Tuvo lugar con la elección e integración del Poder Legislativo local.
5. Quinto paso: Por último, también se debe considerar la puesta en marcha de los órganos judiciales y de control y/o de regulación previstos en la Constitución porteña, en muchos casos a través de leyes que reglamentan lo que éste prescribe para ellos.

Como queda dicho, se debían recorrer cinco momentos organizacionales de diferente contenido, para dar cumplimiento a la implementación del nuevo ente autónomo territorial previsto en la Carta Magna de la Nación. Analizando el primer paso, las leyes 24.588 y 24.620 incurrieron en numerosas inconstitucionalidades. La primera es una norma de las denominadas leyes constitucionales que regula lo previsto en el segundo párrafo del art. 129. En nuestro caso, el dictado de la ley que se comenta tiene por finalidad garantizar los intereses de la Nación en la Ciudad de Buenos Aries, mientras ésta sea Capital de la República. Asimismo, determina el alcance del régimen autónomo del nuevo nivel de gobierno que se crea.

En lo que hace al análisis general sobre el alcance de la autonomía porteña, creemos que más allá de los enfoques teóricos destinados a determinar desde el punto de vista académico la naturaleza jurídica del nuevo Estado, lo que interesa fundamentalmente al momento de legislar es la determinación clara de las potestades autonómicas que la Ciudad recibe.

i) La ley de garantías

Una somera observación a la ley 24.588 —de garantías de los intereses de la Nación en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires—, permite percibir las lesiones a la autonomía porteña en que incurre esta norma que conforma la categoría de las denominadas "leyes constitucionales", que surgen con la reforma del '94 y son las necesarias para completar la labor del constituyente. Ante todo, la ley efectúa un deslinde inapropiado de competencias Nación-Ciudad de Buenos Aires. Ello en tanto y cuanto le confiere a la Nación una competencia general, mientras que a la Ciudad sólo le deja una suerte de competencia remanente o de excepción. Este ha sido el criterio adoptado por el legislador en el art. 2º[27], el que contradice claramente lo estipulado sobre el particular en el art. 129 CN. El mencionado artículo dispone para la Nación todas las facultades que la Constitución no le atribuye al gobierno autónomo a las que se agregan las que surgen expresamente de la ley, más una cuota de potestades implícitas que le son conferidas en la parte final de la cláusula en comentario. Esta técnica invierte claramente el sentido del programa constitucional. Allí se crea un nuevo nivel de gobierno y a continuación, dada su condición de asiento de la Capital, se le reconoce a ésta la potestad de contar con aquellas facultades que hagan a su normal desempeño —técnica de "resguardo"— y que tiendan a la protección de los intereses nacionales.

Esta interpretación que efectúa la ley de garantías no resiste el menor análisis, ya que el nuevo Estado —la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— tiene carácter permanente, mientras que el asiento del gobierno nacional en su territorio constituye una situación coyuntural susceptible de ser modificada por ley como el constituyente lo afirma en varias disposiciones concordantes (arts. 3°, 44, 45 —abre la posibilidad del traslado de la Capital— y 129, 2º párrafo —ídem a la anterior—). En consecuencia, es la Capital el *huésped* de la Ciudad de Buenos Aires, no siendo de ningún modo aceptable la interpretación contraria. Hubiera correspondido señalar las materias vinculadas directamente con el ejercicio del poder del Estado nacional de interpretación estricta, y disponer que el resto de las materias quedarían dentro de la esfera de competencia de la Ciudad.

La ley ha vulnerado el mandato del art. 129 CN al identificar como intereses de la Nación cuestiones de clara índole local, como por ejemplo el registro de la propiedad inmueble, el contralor de las personas jurídicas, la fiscalización de los servicios públicos, la seguridad y protección de las personas y bienes (arts. 6°, 7° y 10).

---

(27) Ley 24.588. art. 2º: "Sin perjuicio de las competencias de los artículos siguientes, la Nación conserva todo el poder no atribuido por la Constitución al gobierno autónomo de la Ciudad de Buenos Aires, y es titular de todos aquellos bienes, derechos, poderes y atribuciones necesarios para el ejercicio de sus funciones".

La ley no ha sido clara, en materia de servicios públicos (art. 9°) establece un régimen confuso del que no surge un claro deslinde de competencias y crea serios inconvenientes al ejercicio del poder de policía local en todo lo que hace en sentido amplio a la calidad de vida de los habitantes de la Ciudad. No determina las materias de fiscalización local o bien un sistema de coordinación de la fiscalización a cargo de cada uno de los niveles de gobierno. Esto ha llevado a confusión de roles, superposición de autoridades de aplicación y anárquica fragmentación de responsabilidades que conspira contra la aplicación y cumplimiento de la normativa en tan importante campo.

ii) Facultades legislativas

Uno de los mayores desafíos derivados de la reforma de la Constitución Nacional, que la ley no resuelve, se relaciona con el problema planteado en el art. 75, inc. 30 y por las disposiciones transitorias 7 y 15, 1° párrafo CN. Ello en razón de que no se deslindan las materias en las cuales el Congreso de la Nación ejercerá su legislación exclusiva en el territorio de la Ciudad. En consecuencia, no queda claro cuál será el alcance de las facultades de legislación exclusiva del Congreso nacional sobre la Ciudad. Esta indefinición vulnera la autonomía de la Ciudad, tornándola incierta y equiparándola más bien con un régimen de autarquía; el Congreso podría ejercer sus facultades de legislación sobre materias de carácter local, ya que, no existiendo norma de limitación de las atribuciones del art. 75, inc. 30, ello no le estaría prohibido. El alcance de la autonomía queda entonces librada al arbitrio del legislador, vulnerándose así el claro mandato contemplado en el art. 129.

En lo que hace a la justicia local resulta claramente inconstitucional la omisión del legislador en relación con el fuero electoral local (art. 8°), que le es indebidamente retaceado a la Ciudad. Respecto del problema derivado de las potestades jurisdiccionales, el legislador adhiere en este punto a la interpretación que impide el traspaso de aquellos fueros que deben aplicar los Códigos de fondo del art. 75, inc. 12 CN.

En este marco se dictó la ley 24.620 la que incurre en evidentes inconstitucionalidades, en la medida en que lesionan la esencia del concepto de autonomía definido tanto por la doctrina constitucional general como en el texto y práctica de nuestro derecho público nacional, provincial y municipal. Así ocurre con sus arts. 2° y 3°, en razón de que allí se usurpan facultades de la Convención. El legislador no ha titubeado en crear autoridades de la Ciudad como son los legisladores, el número de *los mismos y el Vicejefe de Gobierno. Tampoco en determinar el régimen* electoral a aplicarse para la elección de esas autoridades.

En este sentido la ley desconoce de modo flagrante el contenido del art. 122 de la CN, el cual resulta plenamente aplicable en la especie, como así también los preceptos de la ley 24.588 en cumplimiento de lo establecido en el art. 129. La ley 24.620 contraviene una disposición expresa de la ley antes mencionada, que expresa que: *"Su jefe de Gobierno —se refiere al de la Ciudad—, sus legisladores y demás funcionarios serán elegidos o designados sin intervención del Gobierno Nacional"*. Cláusula por demás clara y meramente repetitiva de lo dispuesto en la norma constitucional transcripta. El referido art. 122 al establecer que las provincias —lo que como ha quedado dicho vale también para la Ciudad— *"eligen sus gobernadores, sus legisladores y demás funcionarios (...), sin intervención del gobierno federal"*, expresa uno de los caracteres esenciales de la autonomía. Además, la potestad de elección importa implícitamente la decisión del sistema o mecanismo a través del cual dicho acto debe concretarse en los hechos.

Cerrando el análisis del alcance de la autonomía y las atribuciones que de ella se derivan se impone recordar las bases constitucionales en que se funda nuestro edificio federal en lo que hace a las cuestiones en discusión. De lo expresado en materia de distribución de competencias, queda claro que al igual que en la relación Nación-Provincias, el derecho de la Ciudad debe compadecerse con las conclusiones que se derivan de la interpretación conjunta de los arts. 121, 31 y 5° CN; análisis al que en nuestro caso debe sumarse la consideración del nuevo art. 129.

En función de dicho cotejo, podrá establecerse la adecuación de la normativa de la Ciudad a la pirámide jurídica que resulta del ya citado art. 31. En razón de este razonamiento, cuando la misma se contradiga con el derecho federal relativo a competencias propias de la Nación o al ejercicio de potestades concurrentes, las disposiciones locales serán inconstitucionales. Esta argumentación no hace sino repetir pautas elementales de funcionamiento en el interior de países que han optado por la descentralización política del poder a nivel territorial.

A esta altura sólo queda por definir cuál es el órgano encargado de llevar a cabo el examen destinado a comprobar la adecuación que guardan las normas inferiores con el bloque federal —Constitución Nacional, tratados internacionales, leyes federales—. Esta función le ha sido encomendada al Poder Judicial de la Nación. Su ejercicio se funda en la interpretación que ha efectuado la jurisprudencia de los arts. 31, 116 y 117 CN, de conformidad con la aplicación de la doctrina derivada de las decisiones para casos análogos resueltos por el máximo tribunal de los Estados Unidos de América.

Nuestra Ley Fundamental no prevé instancia revisora alguna de las Constituciones provinciales, tampoco por ende, de la de la Ciudad de

Buenos Aires, a cargo de alguno de los poderes políticos del Estado. Por el contrario, la historia constitucional argentina pone de manifiesto el rechazo a este tipo de procedimientos. Vale la pena recordar que el art. 5° de la Constitución en su redacción del '53 disponía: *"Las Constituciones provinciales serán revisadas por el Congreso antes de su promulgación"*; cláusulas similares contemplaban los proyectos Alberdi y Gorostiaga. Sin embargo, la enmienda de 1860 entre las reformas que realiza deja sin efecto dicha cláusula. De manera que en adelante los límites del poder constituyente secundario serían controlados exclusivamente por el Poder Judicial en los casos en que tomara conocimiento.

4. La Constitución de la Ciudad de Buenos Aires

a) Consideraciones generales

Una primera duda que aparece desde la reforma constitucional del '94, se sitúa en el terreno semántico. Se trata de determinar qué ha querido decir el constituyente nacional cuando eligió el vocablo *estatuto* para designar a la norma constitutiva de la Ciudad. No por casualidad se ha apelado a la utilización de una palabra que en la actualidad es más propia del derecho administrativo e inclusive del derecho privado que del derecho constitucional. Recordemos que por estatuto se dictaron en el período previo a la organización nacional sucesivas normas fundamentales, tanto nacionales como provinciales, que tuvieron en común su carácter provisorio.

Las catorce provincias históricas dieron en llamar *reglamentos provisorios* a normas equivalentes y propias a la regulación de períodos transitorios. Es decir, a la espera de futuros acontecimientos históricos que permitieran la elaboración de las Constituciones definitivas. Luego de este primer período, la voz *estatuto* deja de ser utilizada por el derecho constitucional. La reforma constitucional del '94 retoma el término pero con un significado diferente ya que se habla del dictado de un *estatuto organizativo*, con carácter permanente, puesto que no se dice lo contrario. En consecuencia, uniendo las características del poder constituyente de la Ciudad de conformidad con el análisis efectuado, al producto que debe surgir del mismo, no hay dudas de que estamos frente a una norma de características similares a las de una Constitución provincial. Por lo tanto, la llamemos estatuto organizativo o Constitución de la Ciudad, no vemos diferencia alguna a los fines de valorar los efectos jurídicos que pudiera tener una u otra expresión. La Constitución de la Ciudad se refiere a ella de la siguiente manera: *"...sancionamos y promulgamos la presente Constitución como estatuto organizativo de la Ciudad de Buenos Aires"* (Preámbulo de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires).

En el derecho argentino moderno, la palabra estatuto se emplea para caracterizar al instrumento que contiene el régimen jurídico de los entes descentralizados de la administración pública o de las asociaciones civiles y de las sociedades comerciales. En cualquiera de los casos reseñados estamos frente a personas que no tienen de ninguna manera las características institucionales de los niveles de gobierno contemplados en la Constitución Nacional, en particular en todo lo que hace a su independencia institucional.

En el derecho constitucional de nuestro país, como apelativos de las leyes fundamentales de los distintos niveles de gobierno se han utilizados las voces: Constitución Nacional o Constituciones provinciales o cartas orgánicas; designación esta última, propia del poder constituyente que podríamos caracterizar como terciario de que gozan los municipios con autonomía plena[28]. Al menos en el derecho público nacional vigente la palabra estatuto no es utilizada para caracterizar a la norma fundamental de un centro de poder territorial descentralizado políticamente.

Claro que podemos concluir considerando que en la medida en que estamos frente a un nivel de gobierno con características propias que llevan a la creación de una suerte de nueva categoría, la utilización de una palabra diferente a las acostumbradas viene a responder a esa nueva realidad. Pero ello, repetimos, sin mengua alguna en relación con la jerarquía normativa del documento ni con sus efectos jurídicos.

A continuación, daremos una mirada al proceso constituyente, a la técnica legislativa utilizada y observaremos los aspectos más salientes de las dos partes de la Constitución, consideradas de manera separada.

i) El proceso constituyente

Esta etapa del proceso de institucionalización se caracterizó en primer lugar por la invitación a una amplísima participación de la ciudadanía. Esta modalidad poco común en los procesos constituyentes ocurridos en la Argentina, se manifestó desde un comienzo con la creación de una Comisión de Relaciones con la Comunidad que tuvo a su cargo la instrumentación de distintos mecanismos destinados a atraer a la ciudadanía en general y a sus organizaciones en particular. Así, se enviaron comunicaciones a las asociaciones no gubernamentales más destacadas, especializadas en los distintos temas de relevancia para la ciudadanía porteña (medio ambiente, consumidores, mujer, discriminación, asuntos de carácter cívico, etc.). Se las invitó a presentar proyectos y a participar de reuniones preparatorias con convencionales consagradas a diferentes tópicos en función de un calendario previamente establecido.

(28) Ver Capítulo VI.

Los resultados fueron auspiciosos ya que para quienes visitaban la convención era notoria la presencia de representantes de los vecinos, quienes participaban de distintos tipos de reuniones con voz, e inclusive los proyectos que ellos habían elaborado eran objeto de tratamiento en el seno de las comisiones. El trabajo fue muy intenso y no hizo falta agotar el tiempo suplementario de treinta días que la ley 24.620 le había concedido a la convención. Por último, otro elemento poco usual en este tipo de procesos fue el nivel de consenso conseguido entre los representantes de las cuatro fuerzas políticas representadas en la Convención. Gracias a ese entendimiento cerca del 90 % del contenido de la nueva Ley Fundamental fue aprobado por unanimidad, resultando un producto por demás representativo, en la medida en que fue el fruto del consenso alcanzado por los representantes del 98% de los votos emitidos por el electorado porteño.

ii) La técnica legislativa utilizada

Una de las clasificaciones clásicas de las Constituciones se basa en la técnica legislativa utilizada para su elaboración. Así la doctrina las agrupa en analíticas y genéricas, en función de la longitud y detalle de su articulado. Así aquellas convenciones que se deciden por la redacción de una Ley Fundamental caracterizada por una gran frondosidad normativa, muchas veces rayana en el reglamentarismo, producirán una Constitución analítica. Mientras que las que fijan las grandes pautas de convivencia de una comunidad organizada, a nivel de derechos y de organización del poder, lo harán por una Constitución genérica[29].

Cabe señalar que en el ámbito de nuestro derecho público provincial, la Constitución de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur (mayo de 1991) ha optado por la misma técnica, siendo notoria también su preocupación por la participación pública, los mecanismos de control, las políticas especiales, desarrollando sus instituciones a través de 211 artículos y 17 cláusulas transitorias.

b) Comentarios sobre el articulado constitucional

i) Parte Dogmática

La parte dogmática es muy extensa no sólo por el número de sus disposiciones, que suman cincuenta y nueve, ubicadas en el Título Primero, a las que debemos agregar las ocho del Título Segundo —derechos políticos y participación ciudadana—, sino también por la increíble longitud que tienen muchos de sus artículos.

(29) Ver Capítulo I.

El constituyente estaba habilitado para la redacción de este frondoso capítulo de derechos, políticas y garantías, por tanto "En el ámbito porteño es de aplicación la interpretación del artículo 5º de la Constitución Nacional que establece que la parte dogmática de la Ley Fundamental nacional constituye una suerte de umbral en materia de derechos y garantías a ser observado por el constituyente provincial. En consecuencia, en las provincias y en la Ciudad de Buenos Aires puede regir una declaración de derechos y mecanismos para su defensa más extensos que los de la Constitución Nacional..." [30].

Ahora bien, cabe preguntarse más allá de la posibilidad legal, si resulta atinado y necesario un desarrollo tan exhaustivo de los contenidos dogmáticos. Recordemos que con la reforma del '94 el constituyente nacional incorporó y actualizó enormemente el articulado constitucional por medio de un nuevo capítulo de derechos y garantías, a través de la jerarquización de algunos tratados internacionales sobre derechos humanos. Esta combinación de fuentes aporta a los argentinos el reconocimiento de un número por demás abarcativo de derechos y garantías. Tal es así que la mayor parte de los contenidos de la Constitución porteña en la materia resulta, a nuestro criterio, redundante. Por el contrario, destacamos como de gran utilidad la labor del constituyente local encaminada a mejorar el *garantismo* de la Constitución Nacional. Así se ha tratado de reparar, y creemos que con gran éxito, los silencios, contradicciones y ambigüedades de muchas de las disposiciones de la Ley Fundamental de la Nación. Al respecto, nos parece importante citar aquí los institutos previstos para asegurar la participación ciudadana y el amparo, tratados en extensión en los respectivos capítulos de este manual.

i.1) Democracia participativa

La Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, ha incorporado diversas formas de participación que permiten a los ciudadanos intervenir activamente en el proceso de toma de decisiones y en el control de la gestión de gobierno. La participación puede darse en alguna de las instancias del proceso de toma de decisiones, adquirir diversas modalidades y tener diferentes efectos, como se vio con mayor extensión en el capítulo dedicado a las formas semidirectas de democracia.

(30) SABSAY, DANIEL A. y GARCÍA, MARÍA DEL CARMEN, *El medio ambiente en el futuro estatuto de la Ciudad de Buenos Aires: Nuevas instituciones para su protección*, La Ley, Suplemento de derecho ambiental, Año 2, Nº 3, Buenos Aires, 1995, p. 6.

En cuanto a las diversas instancias, la primera es la participación en la planificación y en la toma de decisiones. Entre éstas la audiencia pública, reglamentada por ley Nº 6 de la Ciudad y que se está aplicando en dicho ámbito, consiste en la apertura de un espacio de consulta, desde las autoridades políticas, ya sea del Ejecutivo, como del Legislativo. En algunos casos debe ser convocada con carácter obligatorio. Si en cambio la vemos desde los ciudadanos, podríamos decir que les da la posibilidad de tomar parte en el proceso de toma de aquellas decisiones que son especialmente de su interés. En la audiencia pública los ciudadanos participan convocados por los gobernantes, tienen oportunidad de que su opinión, sea escuchada y tenida en cuenta. Esto último se asegura a través de la norma de institucionalización de audiencia pública, cuando exige que los decisores fundamenten el apartamiento a las propuestas, informes, o alternativas aportadas por quienes han tomado parte en las audiencias. Bien entendido que ellos no deciden, queda claro que aportan sus puntos de vista, sus conocimientos acerca de la cuestión a ser decidida por el ejecutivo o la legislatura. La temática es amplia, ya que todo tipo de decisión puede ser sometida a este proceso de consulta si bien sólo en algunos casos la consulta es obligatoria. Todas las cuestiones relativas a normas de edificación, planeamiento urbano, emplazamientos industriales o comerciales o modificaciones de uso o dominio de bienes públicos, deben ser sometidas a audiencia pública antes del tratamiento legislativo, por establecerlo así la Constitución de la Ciudad.

En estos casos sólo la consulta es obligatoria, no lo manifestado por los participantes en ocasión de la audiencia, que como ya dijimos no obliga al decisor. En nuestro sistema constitucional también está prevista la posibilidad de que los ciudadanos soliciten la audiencia con el apoyo del medio por ciento de firmas sobre el total del electorado de la población.

Sin embargo si bien las opiniones vertidas en la audiencia no obligan a los decisores, existe un principio de razonabilidad que ha sido receptado por la ley Nº 6, al exigir a la autoridad convocante, que fundamente el apartamiento de las opiniones vertidas en la audiencia. Es decir el decisor no está obligado a resolver en concordancia con las opiniones, expuestas pero si debe analizarlas y fundar el apartamiento.

La ley de audiencia pública[31] prevé tres formas de participar en las audiencias públicas, como expositor, como participante o como público. Entre los expositores se cuentan además de las autoridades convocantes, el defensor del pueblo y las autoridades de las áreas de gobierno que tengan relación con el tema, peritos o expertos en determinadas cuestiones técnicas ofrecidas por los participantes o por las autoridades. Estos expositores desempeñan un papel importante a la hora de esclarecer temas técnicos de difícil comprensión para la ciudadanía en general y además están al margen de los intereses en juego que siempre tratarán de aprovechar el espacio para imponerse. Los participantes son todos aquellos ciudadanos que se hayan inscripto para participar en el lugar y fecha indicado en la convocatoria. De acuerdo a lo establecido en el reglamento de audiencias públicas de la Ciudad de Buenos Aires, disponen de cinco minutos para exponer. Exposición que puede ser complementada con informes escritos presentados y agregados al expediente de la audiencia pública. El público en general es todo aquel vecino de la Ciudad que habiéndose enterado de la audiencia por cualquiera de los medios de difusión y sin estar inscripto previamente quiere escuchar las presentaciones. Tienen también la posibilidad de formular preguntas por escrito.

(31) B.O.C.B.A. 1998/04/03, modificada por ley 258, B.O.C.B.A. 1999/11/24, y 533, B.O.C.B.A. 2000/12/05.

La Constitución de la Ciudad ha previsto una forma de intervención de los ciudadanos en la elaboración y control del presupuesto, que aún no ha sido reglamentada por ley, pero que las experiencias sucedidas en otros lugares nos permite considerarla como una novedosa y revolucionaria herramienta mediante la cual la sociedad tiene la posibilidad de intervenir en la elaboración de un programa de gobierno y ejercer una forma de control de manera regular y permanente.

Esta modalidad de consulta a los ciudadanos acerca del destino de los recursos públicos en nada altera los tradicionales mecanismos de formulación y ejecución del presupuesto. El presupuesto participativo es un espacio público no estatal, en el cual el gobierno y la sociedad se reúnen para ponerse de acuerdo acerca de cómo trasladar las prioridades de los ciudadanos hacia la "agenda" de las políticas públicas, determinando las prioridades que debe contemplar la ley de presupuesto. Resulta interesante la aplicación que se ha hecho de esta herramienta en Rosario, Río Grande, San Miguel, entre otros municipios que la están utilizando. Cabe recordar que el instituto tiene su origen en Brasil en las ciudades de Porto Alegre y Curitiba y que ha tenido un enorme desarrollo en Sudáfrica.

La Ley Fundamental de la Ciudad de Buenos Aires también prevé la división de la ciudad en unidades territoriales descentralizadas con fun*ciones de planificación, ejecución, y control en forma exclusiva y concu*rrente con el Gobierno de la Ciudad. Su organización y competencia han quedado establecidas en la ley 1777 del 1 de septiembre de 2005 que fue sancionada casi cinco años después del plazo máximo previsto en la cláusula transitoria decimoséptima; la primera elección de sus autoridades tuvo lugar en 2011. Estas comunas serán centros de participación a nivel barrial en los que está prevista la participación en audiencias públicas y que tendrán un rol importante en el procedimiento de consulta del pre-

supuesto participativo. Resulta original la organización de su gobierno compuesto por un órgano colegiado electivo y otro asesor integrado por representantes de la comunidad.

La Constitución porteña ha adoptado las llamadas formas de democracia semidirecta, el referéndum, la consulta popular no vinculante y la iniciativa popular de leyes. El referéndum consiste en la consulta a la ciudadanía para que decida sobre la sanción de un proyecto de ley. Es decir lo resuelto por la mayoría en un acto eleccionario obligatorio, reemplaza la aprobación por la legislatura. Mientras que la consulta popular no vinculante puede ser efectuada por decisión de los dos poderes políticos y por las comunas. En este caso la decisión corresponde a la autoridad que convoca, y la concurrencia al acto eleccionario no es obligatoria. La iniciativa legislativa otorga la posibilidad de presentar proyectos de leyes, cumpliendo con ciertos requisitos: debe contar con un mínimo del 1.5% de firmas del padrón electoral, debe ser presentado en forma de ley y están excluidos los proyectos de reforma constitucional, tratados, tributos y presupuesto. El procedimiento continúa con el trámite parlamentario del proyecto que debe ser tratado en el plazo de un año. Se complementa con el referéndum al que será convocada la ciudadanía, cuando el proyecto fuere presentado con un alto porcentaje de firmas (15 %) con respecto al total de inscriptos en el padrón.

La Ciudad de Buenos Aires también ha incorporado la revocatoria de mandato. En términos simples implica quitar representatividad a un funcionario electivo. El procedimiento es complejo, por cuanto se inicia con un pedido de revocatoria respaldado por la firma del 20 % del padrón electoral de la Ciudad, continúa con la intervención del Tribunal Superior quien comprobados los extremos invocados por la ciudadanía debe convocar a referéndum de revocatoria. Es importante tener en cuenta que debe fundarse en causas atinentes a su desempeño, lo que entendemos excluye las causales puramente políticas. Como surge claramente del texto del art. 67 *"el electorado tiene derecho a solicitar la revocación del mandatos de los funcionarios electivos..."*.

Un párrafo especial merece el derecho de libre acceso a la información, como sustento imprescindible de las formas de participación. En cada una de ellas es evidente que los ciudadanos deben estar bien informados no sólo de los actos de gobierno cuya publicidad es obligatoria, sino de informes, documentos, expedientes, relacionados con la temática sometida a audiencia pública o a referéndum o consulta no vinculante. En el caso del procedimiento del presupuesto participativo, la información que deben poseer los ciudadanos es de difícil comprensión, requiriéndose su explicación en términos sencillos y accesibles. También en la revocatoria de mandatos se necesitará ejercer plenamente este derecho al libre acceso a la información, a fin de determinar en qué casos puede

iniciarse el procedimiento y fundamentar en documentación sólida el pedido teniendo en cuenta que es excepcional y que el Tribunal Superior una vez recibida la solicitud, tiene la atribución de darle o no curso y llamar a referéndum. La Legislatura de la Ciudad ha dictado dos leyes consagratorias de este derecho, una a nivel de actos públicos y otra sobre información ambiental (leyes 106 y 303)[32].

La Constitución también prevé la participación a través de consejos consultivos interdisciplinarios.

i.2) Derecho a un ambiente sano

La Constitución porteña le dedica un amplísimo espacio a la cuestión ambiental. Esta modalidad se compadece con la actitud asumida tanto por los constituyentes provinciales desde 1986, oportunidad en que comienza el gran ciclo de reforma en las leyes fundamentales de provincia, como por el nacional que incorpora la temática a su texto (arts. 41 y 43 CN) en 1994. En nuestro caso impresiona el número de disposiciones comprendidas dentro de esta temática. Recordemos el activo trabajo que desarrollaron muchas organizaciones no gubernamentales durante el desarrollo de la actividad de la convención. Así, la protección ambiental mereció de lejos el número más elevado de iniciativas.

El constituyente porteño ha entendido que en una sociedad respetuosa de los derechos humanos de las actuales y futuras generaciones, el medio ambiente debía gozar del máximo reconocimiento político, jurídico e institucional. Una política ambiental consensuada y viable requiere de las herramientas necesarias que aseguren su formulación, su aplicación efectiva y eficiente y la amplia intervención de la sociedad y de sus organizaciones en los procesos de conformación de sus futuras decisiones. La Constitución porteña contiene a grandes rasgos dos tipos de cláusulas. Por un lado, aquellas relativas a lo estrictamente ambiental y, por el otro, las vinculadas con un amplio régimen de participación de los habitantes en distintas etapas del proceso de formación de la voluntad gubernamental.

En el Capítulo IV, del Título II *"Políticas Especiales"*, su primer artículo comienza con el reconocimiento del derecho al medio ambiente sano recogiendo lo consagrado ya en múltiples textos constitucionales de nuestro país y del extranjero[33]. El derecho se completa con el deber

(32) B.O.C.B.A. 1998/12/29 y 2000/01/13.

(33) Para un análisis exhaustivo de la cuestión, véase: *El medio ambiente y los procesos de reforma constitucional*, Cuaderno Explicativo y Paquete Informativo Nº1, respectivamente, Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN), Buenos Aires, 1994.

correlativo de preservación a cargo de quien goza del primero. Esta doble configuración es una de las características trascendentes que presenta la protección constitucional del ambiente. Por otra parte, explica muchas de las consecuencias jurídicas que de ellas se derivan, entre las cuales se encuentra la ampliación de la legitimación para acceder a la justicia en defensa del derecho. Esto es así, ya que sobre todas las personas pesa esta obligación de proveer a la defensa del ambiente. Es decir que se produce una suerte de difusión del poder de policía entre todos los integrantes de la comunidad. Todos estamos obligados a cuidar la calidad de vida en aras de dar cumplimiento a las otras premisas del artículo que se comenta. Pues bien, si esto es así, todas las personas debemos contar con las herramientas jurídicas aptas para dar cumplimiento a la obligación de fuente constitucional mencionada y que pesa sobre todos nosotros.

Pero también se establece el deber del Estado de garantizar este derecho y la sustentabilidad del desarrollo, reconociendo su responsabilidad legislativa y reglamentaria y la aplicación efectiva de ella. El instrumento de evaluación del impacto ambiental contemplado en el art. 30 se refiere a uno de los institutos más relevantes incluidos en la legislación constitucional comparada. Se trata de una herramienta para predecir y prevenir los efectos ambientales de las decisiones públicas o privadas con incidencia significativa en el ambiente. Su reconocimiento en la Constitución de la Ciudad refleja la decisión de prevenir prioritariamente deterioros ambientales antes de tener que encarar su reparación; por cierto más costosa y a veces imposible de lograr. Esta evaluación debe contemplar tanto a las políticas como a las normativas, a los planes y programas, los proyectos, las obras y las demás actividades.

El constituyente ha establecido un planeamiento de la gestión ambiental que necesariamente se verá reflejado y mutuamente influenciado prácticamente con todos los restantes campos de las funciones públicas. Es por ello que se habla de la integración de las políticas y del ordenamiento ambiental del territorio. Se trata de modalidades de índole holística que reflejan el carácter omnicomprensivo de un accionar destinado a asegurar la sustentabilidad del desarrollo, tanto en lo ambiental como en lo social y cultural.

La segunda línea de cláusulas de naturaleza ambiental se refiere a los múltiples mecanismos de participación ciudadana necesarios para asegurar una eficiente política ambiental, gestión y control de gestión. Pues bien, este tipo de normas aparece en numerosísimas disposiciones diseminadas a lo largo de la Constitución, ya que hacen a la modalidad de toma de decisión de muchas otras materias, no sólo a lo relacionado con nuestra disciplina.

Queremos destacar igualmente que la temática ambiental también aparece en un abanico amplísimo de estipulaciones que hacen a las facultades de los órganos de gobierno en particular y que posibilitan que las obligaciones a cargo del Estado puedan hacerse realidad a través de instrumentos concretos creados a tal efecto. En tal sentido, remitimos a los siguientes artículos: 80 inc. 2, b; 81 inc. 3; 89 inc. 2; 104 incs. 22 y 27; 127 y 128.

Consideramos que la educación como medio para la difusión de la obra legislativa y de su espíritu, posibilitará el cambio de los comportamientos y una mejor y efectiva aplicación de las normas ambientales. Todo lo cual es vital para que éstas sean percibidas como herramientas de la calidad de vida de las personas. De conformidad con esta estrategia, cada texto de ley o de reglamentación debería contemplar un régimen educativo específico y permitir que se ofrezca a través de la educación un espacio y un canal permanente y de obligatoria consideración.

El tercer párrafo del art. 26[34] reconoce el derecho de acceso a la información ambiental El mismo, ha sido formulado a nuestro entender de manera limitada, ya que pareciera apuntar sólo al impacto de actividades. Este derecho ha sido reglamentado por ley 303[35].

i.3) Igualdad entre personas varones y mujeres

La discriminación en razón del sexo de las personas ha sido una práctica que recién en el siglo XX comenzó a ser combatida con eficacia. Pese a los avances obtenidos por las mujeres en su equiparación política y social, subsisten en la actualidad conductas que las segregan y dificultan la existencia de una igualdad real de oportunidades.

El principio de igualdad, que inspiró nuestro ordenamiento constitucional federal, fue actualizado en sus sucesivas reformas y la cuestión de la discriminación en razón del género está presente en numerosas

(34) Art. 26, CCABA: "El ambiente es patrimonio común. Toda persona tiene derecho a gozar de un ambiente sano, así como el deber de preservarlo y defenderlo en provecho de las generaciones presentes y futuras.

Toda actividad que suponga en forma actual o inminente un daño al ambiente debe cesar. El daño ambiental conlleva prioritariamente la obligación de recomponer.

La Ciudad es territorio no nuclear. Se prohíbe la producción de energía nucleoeléctrica y el ingreso, la elaboración, el transporte y la tenencia de sustancias y residuos radiactivos. Se regula por reglamentación especial y con control de autoridad competente, la gestión de las que sean requeridas para usos biomedicinales, industriales o de investigación civil.

Toda persona tiene derecho, a su solo pedido, a recibir libremente información sobre el impacto que causan o pueden causar sobre el ambiente actividades públicas o privadas".

(35) Ley 303, B.O.C.B.A. 2000/01/13.

disposiciones. Recordamos que la primera aplicación del principio de igualdad a las relaciones particulares fue la consagración del principio de igual remuneración por igual tarea (art. 14 bis), que precisamente tuvo por objeto principal la eliminación de las discriminaciones en razón del sexo.

El art. 75, inc. 22 ha elevado a rango constitucional la *Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.* El art. 1º de la Convención Americana de Derechos Humanos determina que el compromiso de los signatarios de respetar los derechos y libertades se asume teniendo en cuenta que el principio básico del sistema es la interdicción de toda forma de discriminación. El pacto hace una enumeración de las discriminaciones arbitrarias que, según se desprende de su propio texto, son sólo algunos ejemplos: por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole y por origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Para efectivizar la igualdad de trato se introducen algunas medidas, llamadas por la doctrina discriminaciones positivas, consistentes en crear una situación diferencial para el grupo que sufre el acto discriminatorio y que tenga por objeto combatir las conductas sociales que impidan la vigencia del principio de igualdad. Se le otorga rango constitucional local al cupo femenino dentro de las listas de candidatos a cargos electivos y en la integración de órganos compuestos por tres o más miembros, y se impone a los partidos políticos reconocidos en la Ciudad el deber de adoptar medidas para permitir el acceso efectivo de las mujeres a cargos con conducción y manejo financiero.

Debemos recordar que el nuevo art. 37 CN establece el deber de garantizar mediante acciones positivas el acceso a cargos electivos y partidarios de mujeres. La inclusión en el Estatuto de los llamados "derechos reproductivos" ha suscitado críticas por la impropiedad de su inclusión en este cuerpo normativo. Así Sagüés afirma que: "...cabe alertar primero que lo referente a las reglas sobre el nacimiento de las personas, la condición de ellas antes de nacer, la paternidad y patria potestad, etc., son temas propios del Código Civil, y no de una constitución local..."[36].

Las disposiciones incluidas en el art. 38 merecen igual objeción, dado que se repiten con terminología poco clara, derechos y medidas que ya han sido receptados en cuerpos jurídicos de rango superior. El encomiable esfuerzo del constituyente local por garantizar la igualdad de trato entre varones y mujeres y por combatir las discriminaciones de las que éstas son objeto empalidece por el estilo utilizado para su concreción.

(36) SAGÜÉS, NÉSTOR, *Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Astrea, Buenos Aires, 1997, p. 47.

i.4) Garantías

El constitucionalismo surgido a partir de la segunda post-guerra se ha visto caracterizado por un reconocimiento ampliado del catálogo de derechos contemplados en las leyes fundamentales de los países democráticos. Este aspecto se ha reforzado asimismo con el fortalecimiento de los medios que se ofrecen a las personas para la defensa de esas libertades, cuando las mismas de algún modo han sido afectadas o existe la amenaza de que ello suceda. Este rasgo distintivo ha dado en llamarse *garantismo* y es a través de esta expresión que se pretende dar cabida a los distintos remedios procesales que aseguran la efectiva vigencia de los derechos humanos. De poco sirve contar con el reconocimiento constitucional de derechos si frente a la violación de los mismos no se posee un remedio apto para lograr que cese el acto o hecho que la ha provocado. De allí que el constitucionalismo moderno hace tanto hincapié en estas herramientas que posibilitan el pronto restablecimiento de las libertades que han sido violadas o de algún modo limitadas en su ejercicio.

Pues bien, en nuestro derecho público el *amparo* ha sido el instituto principal a través del cual se plasma esta moderna tendencia. Esta acción en nuestro país, tuvo su origen en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los famosos *leading cases* "Siri" y "Kot", que admitieron, pese a la ausencia de regulación procesal específica, la existencia de una acción destinada a la protección de los derechos no alcanzados por el hábeas corpus, ya que se estimó que los preceptos constitucionales y la experiencia institucional del país reclamaban de consuno el deber de asegurar el goce y ejercicio plenos de las garantías individuales para la efectiva vigencia del *estado de derecho* (Fallos: 239:463). En el caso "Siri", se protegía la libertad de prensa frente a una violación del poder público. Mientras que en el otro precedente se admitió la acción respecto de una violación proveniente de particulares. El Alto Tribunal en la mencionada jurisprudencia determina las características de la acción considerada como excepcional. Asimismo, sostiene que ella está reservada a las delicadas y extremas situaciones en las que, ante la ausencia de otras vías legales, se pone en peligro la salvaguarda de derechos fundamentales del hombre.

La regulación legislativa recién aparece una década después (1966-68) con la sanción de la ley 16.986[37] que reglamentó el amparo contra actos de autoridad, mientras que en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación se da cabida a esta acción cuando la lesión o amenaza al dere-

(37) Ley 16.986, B.O. 1966/10/20.

cho proviene de actos de particulares (art. 321, inc. 2). Sobre el perfil de la institución en nuestro derecho público, nos parecen importantes las siguientes observaciones de uno de los más destacados estudiosos de las garantías procesales de rango constitucional: hemos interpretado desde su sanción que la constitucionalización del amparo importó —como se desprende de la lectura de la norma— emancipar a esa nobilísima institución de cualquier vasallaje procesal. Su ejercicio —en las condiciones y observando los presupuestos que determina la misma disposición— es directo, principal y no subsidiario[38]. La Corte Suprema ha subrayado con especial énfasis que es preciso evitar que el juego de los procedimientos ordinarios torne ilusoria la efectividad de las garantías constitucionales (Fallos: 239:459; 241:291; 307:2174, considerando 10).

La reforma de la Constitución del '94 produce importantes cambios en esta materia. Por una parte, se esclarecen determinados contenidos y se superan muchas de las deficiencias de la ley vigente. Por otra parte, se consagra el llamado *amparo colectivo*, cuya interposición tiene por objeto la protección de los llamados derechos de incidencia colectiva. Sin embargo, la redacción contenida en la normativa constitucional (art. 43) no termina de saldar ciertas cuestiones que nos parecen preponderantes. Entre ellas, los aspectos relativos a la legitimación para acceder a la justicia, la informalidad del procedimiento, la no consideración de la vía administrativa y la posibilidad de que el juez pueda declarar de oficio la inconstitucionalidad de la norma en que se basa la lesión, nos parecen las más relevantes.

Es notorio que el constituyente porteño ha actuado en esta materia con la clara voluntad de sanear los inconvenientes que hemos señalado. A tales efectos ha utilizado el mencionado precepto de la Constitución Nacional como base para la redacción de la disposición que se comenta, *pero afinando su redacción de modo de corregir en el sentido más amplio* el texto que ha tomado como modelo. Ahora veamos cuáles son estas innovaciones. En el primer párrafo se extienden las fuentes a través de nuevos instrumentos susceptibles de dar cabida a derechos protegidos por el amparo. Al respecto, es poco lo que podemos decir; creemos que aunque no se hubieran agregado estos instrumentos a los ya previstos en el citado art. 43 CN, de todos modos dicha inclusión hubiera resultado de manera implícita. Sin embargo, nos parece loable el deseo de reafirmación que efectúa el constituyente, tendiente a viabilizar el amparo haciendo frente a toda traba procesal que se anteponga a ese propósito.

Consideramos relevantes las restantes cuestiones incluidas en el texto constitucional. La problemática de la legitimación activa para la interposición del amparo colectivo del segundo párrafo del presente artículo tiene un reconocimiento explícito que se compadece con las características del instituto, como así también con las recomendaciones efectuadas *por la mayoría de los publicistas. Así, el texto que se comenta da cabida* a una suerte de acción popular que puede ser deducida en primer lugar por *cualquier habitante* de la ciudad. De este modo, la residencia es el único vínculo que es necesario probar para acceder a la justicia cuando se encuentra en juego alguno de los derechos también denominados de "tercera generación". En segundo lugar, quedan también legitimadas las personas jurídicas. No se habla de algún tipo especial de personas se existencia ideal, ni tampoco se deja en manos de una futura ley este tipo de determinación, lo que importa es la finalidad que las mismas persigan, la que en este caso debe consistir en la defensa de derechos e intereses colectivos. Nos parece apropiada la mención a ambos pues permite una mayor extensión del objeto a proteger.

(38) MORELLO, AUGUSTO M., *Posibilidades y limitaciones del amparo*, ED, 1995/11/22.

La disposición también innova respecto de su homóloga de la Constitución Nacional cuando incluye entre este tipo de materias al derecho y a la seguridad social. Todas las transgresiones a intereses colectivos, en la medida en que afecten a los derechos sociales, políticos, culturales o económicos, pueden traer aparejadas la discriminación que menoscabe a un grupo determinado de personas, sea por su posición económica o social o por cualquiera de las restantes causales considerada por el derecho internacional de los derechos humanos. En este punto nos parece fundamental rastrear las bases para la operatividad de este tipo de tratados. Al respecto, existe una abundante jurisprudencia comparada, ya que en última instancia acá se encuentra el secreto sobre la eventual aplicación de estas cláusulas[39]. El tema central que domina el derecho internacional de los derechos humanos es la ejecución o *enforcement*. Desde el punto de vista del individuo, la consideración primaria será la medida o extensión en que las disposiciones de los tratados tienen efecto dentro del sistema jurídico interno[40].

En los tres últimos párrafos se definen varios de los rasgos del instituto. Se ha querido impedir que se incurra en el error de exigir a la vía administrativa como un requisito previo para la viabilidad de esta acción. Por ello el texto así lo explicita cerrando una polémica que, cuando permitía la interpretación contraria, de hecho tornaba estéril al amparo en sí mismo. Luego, el constituyente abunda en las características de in-

(39) SABSAY, DANIEL A., *La Ciudad de Buenos Aires y la reforma constitucional. Alcance de la autonomía acordada. Consecuencias institucionales*, en *Ciudad de Buenos Aires. Gobierno y descentralización*, HILDA M. HERZER (comp.), Colección CEA-CBC, UBA, Buenos Aires, 1996, p. 15.

(40) TRAVIESO, JUAN ANTONIO, *Los derechos humanos en la Constitución de la República Argentina*, EUDEBA, Buenos Aires, 1996, p. 142.

formalidad que esta acción debe necesariamente presentar. Por último, en este caso se ha querido que no quede posibilidad de duda alguna respecto de las facultades de los magistrados en lo que hace a la declaración de inconstitucionalidad de las normas en que se fundan los actos u omisiones lesivas. Toda esta artillería de precisiones que en una primera lectura puede parecer reiterativa, sin embargo no carece de razón de ser cuando se recorren los repertorios de jurisprudencia, ya que muchas sentencias son renuentes, apoyándose en una interpretación antojadiza de las normas, a reconocer la evolución en el derecho procesal que marca la defensa de estas cuestiones.

i.5) Políticas especiales

En claro cumplimiento de los objetivos enunciados en el *Preámbulo*, la CCBA inicia un conjunto de políticas especiales tendientes a imponer a los poderes del Estado local conductas que garanticen el desarrollo equitativo de la comunidad.

El constituyente porteño adhiere de esta forma a los principios del constitucionalismo social, lo que no sólo implica el reconocimiento de derechos económicos y sociales sino también el acrecentamiento de las funciones del Estado, a fin de garantizar su efectivo ejercicio. Dentro de la clasificación de normas en operativas y programáticas, podemos señalar que las que integran este título pueden encuadrarse en la subespecie de las últimas nombradas, denominadas "normas directivas", ya que imponen mandatos a los diferentes órganos del Estado.

También se destaca en este capítulo el carácter netamente antidiscriminatorio del cuerpo normativo. Señala Colautti que "...el concepto fundamental de la no discriminación, constituye el presupuesto de la conciencia internacional y de la protección del conjunto de los derechos de las personas..."[41].

El art. 17[42] determina la obligación de instrumentar medidas de carácter legislativo y administrativo que permitan la superación de condiciones de pobreza y exclusión, como también la necesidad de destinar recursos para la efectiva aplicación de tales medidas. Impone la obligación de aplicar políticas asistenciales para los grupos marginales y la de

(41) COLAUTTI, CARLOS, *El Pacto de San José de Costa Rica. Protección a los derechos humanos.*", Ed. Lerner, Buenos Aires, 1992, p. 17.

(42) Art. 17, CCBA. "La Ciudad desarrolla políticas sociales coordinadas para superar las condiciones de pobreza y exclusión mediante recursos presupuestarios, técnicos y humanos. Asiste a las personas con necesidades básicas insatisfechas y promueve el acceso a los servicios públicos para los que tienen menores posibilidades".

establecer mecanismos que les permitan acceder a los servicios públicos. Ambas obligaciones son aplicaciones concretas del principio de solidaridad y del objetivo de progreso enunciado en el Preámbulo del cuerpo normativo.

El art. 19[43] tiene por objeto combatir las desigualdades zonales dentro del territorio de la ciudad e intenta lograr un desarrollo equilibrado de todo su territorio, para lo cual deberá aplicar políticas que compensen las desigualdades existentes. Asimismo, prevé la creación de un cuerpo de carácter consultivo y honorario, con iniciativa legislativa, integrado por representantes de partidos políticos y de organizaciones intermedias. Tiene por función la formulación de políticas inspirándose en los Consejos Económicos Sociales de las Constituciones europeas y de nuestro derecho público provincial.

i.6) Derechos del consumidor

La defensa de los consumidores y usuarios de bienes y servicios constituye un derecho de tercera generación cuya protección ha sido elevada a rango constitucional con la introducción del art. 42 CN por la reforma de 1994. Este artículo tiene un carácter confirmatorio de la legislación antecedente, pues en el Congreso de la Nación, en octubre de 1993, después de una larga elaboración, se dictó la ley 24.240[44] de defensa del consumidor. Con anterioridad, el estatuto del consumidor estaba disperso en diversas normas, tales como las leyes 22.802[45], de lealtad comercial y 20.680[46], de abastecimiento[47]. El mencionado art. 42 establece el derecho de los consumidores a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos. Luego consagra el derecho a una información adecuada y veraz, a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno.

Como señala Dalla Via, los valores jurídicos protegidos por esta disposición son la salud, la seguridad y el patrimonio de usuarios y consumidores a quienes el Estado busca proteger mediante el control del

(43) Art. 19, CCBA: "El Consejo de Planeamiento Estratégico, de carácter consultivo, con iniciativa legislativa, presidido por el Jefe de Gobierno e integrado por las instituciones y organizaciones sociales representativas, del trabajo, la producción, religiosas, culturales, educativas y los partidos políticos, articula su interacción con la sociedad civil, a fin de proponer periódicamente planes estratégicos consensuados que ofrezcan fundamentos para las políticas de Estado, expresando los denominadores comunes del conjunto de la sociedad. Sus integrantes se desempeñan honorariamente".

(44) Ley 24.240, B.O. 1993/10/15.

(45) Ley 22.802, B.O. 1983/05/11.

(46) Ley 20.680, B.O. 1974/06/25.

(47) COLAUTTI, CARLOS, *Derechos Humanos*, Ed. Universidad, p. 280 y ss.

derecho a una información veraz, en especial cuando e trata de medios de propaganda. La norma intenta establecer una igualdad real en las condiciones jurídicas de las relaciones sociales (igualdad sustancial) y a establecer las bases de una sociedad más equilibrada, asegurando la protección del mercado y la competencia[48].

El constituyente ha delegado en la Legislatura local el dictado de una ley regulatoria de la propaganda que pueda inducir a conductas nocivas para el consumidor y el establecimiento de mecanismos participativos de usuarios de servicios públicos[49].

La protección de la salud y la seguridad de la población constituyen los principales objetivos del poder de policía de bienestar y es una competencia de la autoridad local, que deberá ser ejercida concurrentemente con la autoridad federal en aquellos casos en que se encuentren afectados intereses de tal carácter.

ii) Parte Orgánica

El diseño del poder sigue las pautas del modelo presidencialista de cuño estadounidense de conformidad con los lineamientos básicos contenidos en la Constitución Nacional. Más allá de algunos intentos destinados de *parlamentarizar* el régimen de gobierno o al menos de dotarlo de elementos propios del semipresidencialismo, el constituyente finalmente se acomodó a la forma de gobierno de conformidad con la Constitución Nacional, seguida por todas las Constituciones provinciales. Sin embargo, son notables los esfuerzos desplegados por los redactores para acotar la esfera de acción del Poder Ejecutivo y al mismo tiempo para jerarquizar al Legislativo y asegurar la independencia del Poder Judicial. Estas modalidades están dirigidas a lograr la atenuación del denominado *hiperpresidencialismo*, luego de que en la convención se intentó sin éxito concederle un nuevo perfil institucional a la forma de gobierno local.

ii.1) Poder Ejecutivo

El carácter unipersonal o monocrático de la composición del Poder Ejecutivo constituye para el modelo presidencialista uno de sus elementos diferenciadores más relevantes y característicos, "*El Poder Ejecutivo*

(48) DALLA VIA, ALBERTO, *Constitución de la Nación Argentina*, Librería Editora Platense, La Plata, 1994, p. 84 y ss.

(49) Ley 757 CABA, B.O.C.B.A. N° 1432 del 2002/05/02, regl. por dec. 17/003, B.O.C.B.A. N° 1613 del 2003/01/21.

de la Ciudad es ejercido por un jefe o jefa de gobierno o gobernador o gobernadora" expresa el art. 95 de la CCABA. En efecto, se trata de la única de las formas de gobierno de la democracia en la que encontramos esta particularidad[50]. Fiel a dicho modelo y de manera coherente con su diseño, el constituyente porteño define en la presente disposición este aspecto del mismo modo que la Constitución Nacional lo hace en su art. 87.

La fórmula compuesta por el Jefe de Gobierno y el Vicejefe es designada por sufragio directo del electorado. De este modo, la Ciudad ha adoptado el mismo sistema imperante en la totalidad del país, tanto en la Nación como en todas las provincias. Por lo tanto, dado que no se necesita integrar un órgano colegiado a los efectos de una elección indirecta, la Ciudad constituye un distrito único.

Además, se aplica el sistema de doble vuelta electoral o *ballotage*. El constituyente agrega que la elección de la lista que los dos candidatos integran es indivisible, al expresar que se los designa *por fórmula completa*. Por tal motivo, consideramos que cuando hubiere lugar a una segunda vuelta electoral, no pueden efectuarse recomposiciones de fórmulas entre candidatos de distintas agrupaciones en el período que media entre los dos comicios.

El constituyente de la Ciudad ha elegido el modelo clásico de *ballottage*, es decir, una técnica utilizada en materia electoral que consiste en la necesidad impuesta a todo candidato de obtener la mayoría absoluta de los sufragios válidos para hacerse acreedor del cargo en disputa[51]. Esta ha sido también la modalidad contemplada en las Constituciones de Corrientes y Tierra del Fuego. Luego de la reforma del '94, la Constitución Nacional también ha adoptado un procedimiento de doble vuelta para la elección de Presidente y Vice, pero de tipo *sui generis* (ver Capítulo XVI).

En lo que hace a las atribuciones, se limitan notoriamente sus facultades legislativas, si comparamos con el tratamiento de la cuestión en la Constitución Nacional. El titular del Ejecutivo sólo recibe facultades extraordinarias en materia de reglamentos de necesidad y urgencia (art. 91), pero dentro del marco de un esquema de controles (art. 103) a fin de evitar los desbordes en su ejercicio. La Constitución prohíbe expresamente la delegación de facultades legislativas (art. 84). Al Jefe de Gobierno tampoco se le concede la facultad de promulgación parcial de leyes parcialmente vetadas sin el consentimiento expreso de la Legislatura (art. 88).

(50) Ver Capítulo XVI.

(51) SABSAY, DANIEL A., *Ballottage o doble vuelta electoral*, Enciclopedia Jurídica Omeba, t. VII, Apéndice. Buenos Aires, 1995, p. 81.

ii.2) Poder Legislativo

Las facultades de la Legislatura se ven resguardadas, en lo que hace a su ejercicio, por parte del otro poder político. En segundo lugar, su protección frente a las injerencias del Ejecutivo también ha sido regulada en el papel que se concede al Vicegobernador. El art. 99, segundo párrafo de la CCABA establece que el Vicejefe tiene las atribuciones que el Jefe le delegue y no es el encargado de la administración y coordinación de la Legislatura por cuanto esta función se le atribuye al vicepresidente primero[52].

Se ha optado por organizar un Legislativo compuesto por una sola Cámara. Se establece un número fijo de legisladores con la posibilidad de aumentarlo sólo dentro de los tres años siguientes a la sanción de la Constitución, en proporción al aumento de la población, pero la misma no ha tenido lugar. Dicha decisión requiere de una mayoría muy calificada. En este punto, el constituyente se adecuó a lo dispuesto en la ley 24.620 de convocatoria a elecciones de los integrantes de la asamblea constituyente de la Ciudad y del Jefe y Vicejefe de Gobierno. En la determinación del sistema electoral para la elección de los diputados, también el constituyente ha seguido el camino elegido en el art. 3º de la ley 24.620 que establece el mismo método de elección previsto en el Código Electoral nacional para la distribución de las bancas en la Cámara de Diputados. Es decir, el sistema proporcional. Otro aspecto relacionado con la problemática electoral consiste en la relación entre las bancas a elegir y el territorio del distrito. Al respecto, se impone determinar la división o no del distrito en circunscripciones. La elección del principio de representación proporcional limita las posibilidades de división, pues quedan descartadas las circunscripciones uninominales. En este punto también se produce una identidad entre las soluciones previstas en la ley 24.620 y en la Constitución porteña, dado que las dos fijan que a los efectos electorales la Ciudad se constituya en distrito único si bien para la Ciudad esto es así sólo para la primera elección de legisladores, conforme a la cláusula transitoria quinta.

(52) Tanto en la Constitución Nacional como en las provinciales, esta figura se convierte naturalmente en una figura extrapoder al presidir alguna de las Cámaras o la Legislatura en su conjunto. Esta potestad importa la de administración, es decir, todo lo que hace al manejo del presupuesto legislativo. Como podemos apreciar se trata de una atribución nada desdeñable que redunda en favor de la fuerza política que controla el Ejecutivo. No olvidemos que la fórmula que integran el Gobernador y el Vicegobernador tendrá necesariamente la misma tendencia política. De modo tal que el segundo de dicha fórmula puede convertirse —y así ha ocurrido— en un verdadero "pie" del Ejecutivo puesto en el Legislativo. Consideramos que estamos frente a una solución innovadora que trata de revertir la tendencia tan negativa proclive al sobredimensionamiento del Ejecutivo que tanto daño le ha hecho a la democracia, tanto en nuestro país como en América Latina en su conjunto.

El constituyente ha considerado conveniente precisar que la voluntad del Poder Legislativo se expresa a través de leyes, resoluciones y declaraciones que se relacionan con la competencia que le ha sido específicamente atribuida y que son relativas a la puesta en marcha de los derechos, deberes y garantías previstos en las Constituciones Nacional y de la Ciudad. Se trata de la trilogía de actos que dicta todo Poder Legislativo. Sin embargo, resulta original encontrar en un texto constitucional una habilitación expresa como la que surge del inc. 1º del art. 80.

Podríamos conceptualizar cada uno de estos actos de la siguiente manera: la *ley* constituye el acto legislativo por antonomasia, que establece las normas generales y abstractas encaminadas a reglamentar las relaciones jurídicas susceptibles de generarse en diferentes materias y ámbitos de la vida comunitaria a la cual dichas normas van dirigidas. Las *declaraciones* son actos sin fuerza vinculante, y exteriorizan una expresión de deseos del legislador dirigidos a otro poder del Estado o a una organización internacional, relativas a una decisión cuya concreción él vería con agrado. Las *resoluciones* son los actos a través de los cuales la legislatura hace efectivos sus poderes relativos a cuestiones administrativas propias o a materias de naturaleza no legislativa, como puede ser la decisión de someter a juicio político a algún funcionario.

El análisis de los arts. 80 a 83 inclusive, nos permite efectuar la siguiente clasificación de las potestades de la Legislatura a través de las cuales se expresa el ejercicio de sus competencias, son ellas:

- *Poderes implícitos*: están contemplados en el primer inciso del art. 80, en donde se habla de la necesidad de tomar todas las decisiones (...) para poner en ejercicio los poderes y autoridades. La Constitución Nacional le concede estas potestades al Congreso en el art. 75, inc. 32. Estamos frente a las atribuciones con que debe necesariamente contar el Poder Legislativo para poder efectivizar el abanico de facultades expresamente contempladas. Por ejemplo, si decide crear un ente de los previstos en el inc. 17 del art. 80, deberá igualmente asignar los recursos necesarios a tal fin; esta segunda decisión surge de la facultad que implícitamente le reconoce el constituyente al comienzo del mencionado artículo. También son de este tipo las potestades investigativas que les corresponden a los poderes legislativos.

- *Poderes relacionados con la implementación de institutos reconocidos expresamente en el mismo texto constitucional:* se encuentran dentro de este acápite las atribuciones previstas en el art. 80, incs. 3, 4, 7, 18 y 19; art. 81, incs. 2, 3, 4 y 8; art. 82, incs. 2 y 3. Por lo tanto, las normas que crean dichos institutos son programáticas. Esta conclusión parece lógica a pesar de que no en todos los casos

se ha establecido la necesidad de una ley reglamentaria previa a la puesta en vigencia de la institución.

- *Poderes vinculados con cuestiones previstas en la Constitución Nacional:* art. 80, incs. 2 f, 6 y 15. Se refiere a las materias contempladas en los arts. 124, 125 y 75, inc. 2 de la Ley Fundamental de la Nación respectivamente, cuyas cláusulas han sido introducidas por la reforma de 1994, a excepción del primer párrafo del art. 125. Nos parece importante tener en cuenta que los asuntos previstos en los mencionados artículos tratan sobre temas comprendidos dentro de la esfera de competencia de las provincias y de la Ciudad de Buenos Aires. Pero, esta última es objeto de una consideración que se diferencia de las modalidades contempladas a favor de las primeras.

Se advierte el esmero puesto en la especialización del personal legislativo, como así también en evitar que se eternicen las designaciones meramente políticas, favoreciendo la conformación de cuerpos técnicos permanentes. La necesidad de que muchos de los actos del Legislativo deban ser tomados por mayorías especiales tiende a lograr decisiones consensuadas, en cuya voluntad deberán concurrir normalmente los representantes de varios partidos.

ii.3) Poder Judicial

También el diseño institucional del Poder Judicial exhibe caracteres innovadores, por caso en materia de control de constitucionalidad y precautorios en cuanto al accionar de influencias partidistas, por ejemplo en materia de designación de magistrados.

El primero de los artículos dedicados al Poder Judicial de la Ciudad determina la competencia material que el constituyente local le atribuye. La competencia material indica en qué clase de asuntos determinado organismo puede ejercer sus facultades jurisdiccionales y esta norma establece las causas que deberán ser decididas por los tribunales locales.

Ninguna duda cabe sobre la competencia de los tribunales de la Ciudad Autónoma respecto de las causas regidas por su Constitución, los convenios que celebren la ciudad y las leyes locales. Pero no puede sostenerse igual criterio respecto de las causas regidas por los códigos de fondo y por las leyes y normas nacionales de carácter común, pues existen reparos para reconocer esta atribución que surge de la Constitución Nacional.

El art. 129 CN reconoce facultades jurisdiccionales a la ciudad autónoma. Sin embargo, el art. 75, inc. 12 del mismo cuerpo determina que la

legislación común sólo puede ser aplicada por los jueces federales o provinciales, sin mención alguna de los que integran el gobierno autónomo de la ciudad. Esta omisión puede ser interpretada como la voluntad del constituyente federal de no asignar competencia a los tribunales de la ciudad autónoma respecto de los casos regidos por este grupo de leyes o como una laguna jurídica, que debe ser resuelta interpretando en forma integradora esta norma con el ya citado art. 129.

La "ley de garantías del Estado federal" (ley 24.588[53]), expresamente dispone el mantenimiento de la justicia nacional encargada de juzgar las causas regidas por la legislación común, dentro del Poder Judicial de la Nación. La incompatibilidad del artículo en comentario con las disposiciones de la ley citada, e incluso con la Constitución Nacional, si nos enrolamos en el primer criterio interpretativo propuesto, constituye uno de los asuntos de mayor trascendencia que ha originado la sanción de la Constitución porteña.

No obstante nuestra interpretación, se han efectuado transferencias en materia penal[54]. Asimismo, esto habilitaría en un futuro al traspaso de las jurisdicciones laboral, civil y comercial. Se trataría de jueces de la ley y no de la Constitución. Pero, debemos reconocer que se trata de la solución más adecuada si tenemos en cuenta la funcionalidad del sistema y la simetría con los poderes judiciales de las Provincias.

La administración local de justicia aparece impuesta por diversas normas de la Constitución Nacional referidas a la materia. Además del ya citado art. 75, inc. 12, el art. 5° que regula el poder constituyente local, impone a las provincias la necesidad de garantizar en sus Constituciones la administración de justicia. De esta norma surge que no sólo es necesaria la existencia del órgano judicial, sino que debe estar dotado de características que lo hagan efectivo para lograr su fin. Tal como señala Pérez Hualde[55], si bien existe libertad para instituir el sistema que se estime más conveniente para el funcionamiento de dicho órgano, su existencia no puede ser eludida, bajo pena de no ser garantidos el goce y ejercicio de las instituciones provinciales por el gobierno federal. Tal obligación también surge del preámbulo de la Constitución Nacional, pues al determinar la necesidad de *afianzar la justicia* como uno de los objetivos esenciales del Estado argentino a cumplir en forma permanente, obligan a las provincias en forma directa.

---

(53) B.O. 1995/11/30.

(54) La ley 26.357 (B.O. 2008/03/31) y de la Ley de la Ciudad de Buenos Aires 2257 (B.O. C.A.B.A. 2007/01/22) aprueba el Convenio el Convenio de Transferencia Progresiva de Competencias Penales de la Justicia Nacional al Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, firmado el 1 de junio de 2004.

(55) PÉREZ HUALDE, DARDO J., *El Poder Judicial: Fortaleza y Debilidad*, en: P. GUILHOU, DARDO J., *Derecho Público Provincial*, t. II, Depalma, Buenos Aires, 1991, ps. 438 y 439.

El art. 113 regula la competencia material del Tribunal Superior, es decir, los casos que van a ser sometidos a su decisión. Al igual que la competencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el constituyente de la Ciudad Autónoma otorga al Tribunal Superior tres tipos diferentes de competencias:

- *Originaria y exclusiva:* los casos sólo se tramitan y deciden ante el Tribunal Superior (incs. 1 y 2).
- *Apelada ordinaria*: se arriba al conocimiento del tribunal mediante la interposición del recurso de apelación, contra sentencias dictadas por tribunales inferiores, siempre que el monto reclamado sea superior al que establezca la ley y que la Ciudad sea parte en el juicio (inc. 5).
- *Apelada extraordinaria:* mediante la interposición de recursos específicos (inconstitucionalidad, queja por denegación de recursos, privación o denegación de justicia) que habilita la actuación del tribunal (incs. 3 y 4).

En materia electoral, el constituyente le otorga competencia originaria, pero admite la posibilidad de creación mediante ley de un tribunal electoral. En este caso queda por resolver si el Tribunal Supremo conserva su facultad de revisar lo decidido por el tribunal electoral mediante recurso de apelación ordinaria o, si por el contrario la competencia en esta materia queda restringida a los supuestos contemplados en la norma como extraordinarios. Creemos que su correcta interpretación conduce a sostener que en caso de creación del tribunal electoral mencionado, la competencia originaria y exclusiva del Tribunal Superior se convierte en "apelada ordinaria", ya que la materia en todo caso es de conocimiento del Tribunal que encabeza el órgano jurisdiccional de la Ciudad.

Un comentario especial merece el inciso tercero de este artículo que introduce un sistema de control de constitucionalidad realmente distinto al aplicado en el ámbito federal. Cuando se trate de la declaración de inconstitucionalidad de normas de rango inferior a la ley, la sentencia que así lo haga provoca la pérdida de su vigencia, es decir, su derogación. En caso de que se trate de una ley, ante la declaración de inconstitucionalidad, la legislatura la debe ratificar dentro de los tres meses con mayoría agravada. Si se produce esta ratificación legislativa, la sentencia que declara la inconstitucionalidad pierde su efecto derogatorio y sólo se aplica al caso concreto, continuando la facultad de todos los tribunales integrantes de la judicatura local para declararla en los casos en que sea peticionada.

La introducción de un sistema de control con alcance derogatorio afianza la vigencia del principio de supremacía constitucional y resulta un instrumento idóneo para la efectiva vigencia del sistema, ya que permite que las normas contrarias a la Constitución pierdan validez sin necesidad de que los afectados promuevan las acciones correspondientes en cada contienda donde la norma debe ser aplicada. Asimismo, el sistema de insistencia de la Legislatura salvaguarda el principio de separación de poderes y evita que esta facultad se convierta en una intromisión de los jueces en facultades propias de otro órgano.

c) Situación actual del Poder Judicial en la Ciudad de Buenos Aires

Si tomamos como referencia las competencias actuales de la justicia de la Ciudad podemos arribar a la siguiente síntesis:

- *Fuero penal, contravencional y de faltas,* integrado por juzgados de primera instancia y por la Cámara respectiva.
  - Atribuciones:
  a) Juzgar en los recursos contra decisiones de los controladores de faltas (revisión judicial de las sanciones en materia de faltas).
  b) Intervenir en contravenciones.
  c) Intervenir en el juzgamiento de determinados delitos penales (por ejemplo, portación y tenencia de armas de uso civil, lesiones leves en riña, amenazas, usurpación, incumplimiento de deberes de asistencia familiar), que fueron transferidos mediante convenios entre Nación y Ciudad, y que de aplicarse los conceptos que hemos desarrollado en este mismo capítulo, deberían permanecer en la órbita de la Justicia Nacional en lo Criminal y Correccional.
- Aquellas a cargo del *fuero contencioso administrativo y tributario,* que está integrado por juzgados de primera instancia y por la Cámara respectiva.
  - Atribuciones:

    Este fuero interviene en todas las causas en las que la Ciudad de Buenos Aires es parte, ya sea como actor o demandado, sin importar la materia de que se trate; es decir, no es imprescindible que la cuestión en debate se rija por normas administrativas o tributarias, quedan comprendidas, por ejemplo, cuestiones de responsabilidad por mala praxis médica ocurrida en un hospital público.
- La *competencia electoral,* que actualmente está a cargo del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad conforme lo establece el art. 113 inc. 6 de la Constitución porteña.

En el futuro debería crearse un tribunal electoral específico para asumir esta competencia. Alcanza todos los conflictos que se susciten en el marco de elecciones locales (legisladores y jefe de Gobierno de la Ciudad).

- Las *acciones declarativas de inconstitucionalidad (ADI),* que tramitan en instancia originaria y exclusiva ante el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad en virtud de lo establecido en el art. 113 inc. 2, CCABA.

  a) Acciones que implican un control concentrado y abstracto de constitucionalidad, diferenciándose así netamente del control de constitucionalidad en el ámbito nacional.

  b) Este tipo de control se ejerce respecto de normas de carácter general (leyes, decretos, resoluciones, etc.), emanadas de los poderes políticos de la Ciudad. Su nota característica y diferenciadora está dada por la pérdida de vigencia en caso de declararse la inconstitucionalidad, ya que la misma "expulsa la norma del ordenamiento jurídico". Cuando se trata de una ley declarada inconstitucional, la Legislatura de la Ciudad tiene tres meses para su ratificación. Queda a salvo la posibilidad del ejercicio del control difuso por cualquier juez de la Ciudad en caso de plantearse un caso concreto.

- Los *conflictos de poderes,* que tramitan en instancia originaria y exclusiva ante el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad (conf. art. 113 inc. 1 CCABA), que justamente implican una controversia entre distintos órganos y poderes de la Ciudad sin un superior común (por ejemplo, entre el Consejo de la Magistratura y la Legislatura, o entre ésta y el Jefe de Gobierno, etc.).

En síntesis hay dos fueros: 1) contencioso-administrativo-tributario y penal, 2) contravencional-faltas y un Tribunal Superior, con competencias limitadas porque aún no se han transferido la Justicia Nacional Ordinaria y/o todas las competencias a su cargo (comercial, penal, laboral, civil y comercial) al ámbito porteño. De lo anteriormente expresado surgen las diferencias entre la justicia porteña y las justicias provinciales.

Este proceso de institucionalización de la justicia de la Ciudad de Buenos Aires, tiene como sustento las siguientes normas:

1) Ley 7, que organiza el Poder Judicial de la Ciudad, prevé la existencia de todos los fueros (incluyendo los que deberían transferirse).

2) La ley 189, Código Contencioso Administrativo y Tributario, que establece la competencia del fuero en su art. 2°, optando por el criterio subjetivo, es decir cuando la Ciudad es parte, en vez del criterio objetivo que la materia sea contencioso administrativa y tributaria. En el orden federal el criterio es objetivo, por eso cuando el Estado Nacional es parte pero la cuestión se rige por el derecho privado, la competencia es de la Justicia Civil y Comercial Federal (y no de la Contencioso Administrativa y Tributaria Federal).

3) La ley 402, que es la que regula los procedimientos ante el Tribunal Superior de Justicia.

4) La Constitución porteña, que contempla al Poder Judicial en los arts. 106 a 126.

5) Las leyes 31 y 1903, que regulan el Consejo de la Magistratura y el Ministerio Público. El Poder Judicial local está integrado también por el Consejo de la Magistratura (arts. 115 a 117 CCABA) y el Ministerio Público (art. 107 CCABA).

d) Consideraciones finales

A partir de la sanción de la Constitución de la Ciudad se abre un panorama alentador en cuanto al ingreso de Buenos Aires en el régimen propio de una "democracia participativa". La creación de ámbitos de participación no asegura de por sí un cambio en el proceso de toma de decisiones. De ahora en más deberá ser la propia ciudadanía quien luego de un largo letargo, haga uso de las posibilidades que le brindan institutos aptos para asegurar un mayor control de los actos de gobierno y la canalización directa de sus principales inquietudes. Del impulso que le dé directamente el accionar de los vecinos dependerá el ritmo en que evolucionen las instituciones porteñas. De resultas de estos nuevos mecanismos, deberían efectivizarse de un modo más expedito las responsabilidades de los titulares del poder estatal. El retraso injustificado en la puesta en marcha de la ley de creación de las comunas conspira en gran medida en la concreción de este anhelo.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUIRRE LANARI, JUAN R., *El Congreso, La Justicia y el Estatuto porteño,* La Nación del 1996/12/16, Buenos Aires.
- BARCESAT, EDUARDO S., *Sobre la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires,* ED, del 1995/11/08.

- BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Poder Judicial y autonomía de la ciudad de Buenos Aires*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1995.
- BIELSA, RAFAEL A. y GRAÑA, EDUARDO R., *Poder Judicial y Autonomía de la Ciudad de Buenos Aires*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1995.
- DE LA RÚA, JORGE, *El nuevo status jurídico de la Ciudad de Buenos Aires*, LA LEY, 1994-E, 1122.
- LOSA, NÉSTOR O., *El derecho municipal en la Constitución vigente*, Ed. Abaco de R. Depalma, Buenos Aires, 1995.
- MARIENHOFF, MIGUEL S., *La Autonomía de la Ciudad de Buenos Aires y la Constitución Nacional de 1994*, El Derecho, Buenos Aires, 1995.
- MORELLO, AUGUSTO M., *Posibilidades y limitaciones del amparo*, ED, 1995/11/22.
- PADILLA, MIGUEL M., *Estatuto Autonómico de la ciudad de Buenos Aires*, en: *Leyes Reglamentarias de la reforma constitucional. Pautas y Sugerencias Fundamentales*, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Buenos Aires, 1996, p. 368.
- SABSAY, DANIEL A., *La Ciudad de Buenos Aires y la reforma constitucional. Alcance de la autonomía acordada. Consecuencias institucionales*, en: *Ciudad de Buenos Aires. Gobierno y descentralización*, Compiladora: HILDA M. HERZER (comp.), Colección CEA-CBC, UBA, 1996.
- SABSAY, DANIEL A. y GARCÍA, MARÍA DEL CARMEN, *El medio ambiente en el futuro estatuto de la ciudad de Buenos Aires: Nuevas instituciones para su protección*, La Ley, Suplemento de derecho ambiental, 1995, Año 2, N° 3, p. 6.
- SABSAY, DANIEL A. y ONAINDIA, JOSÉ M., *La Constitución de los Argentinos*, Errepar, Buenos Aires, 1997.
- SABSAY, DANIEL A., *Ballotage o doble vuelta electoral*. Enciclopedia Jurídica Omeba, t. VII, Apéndice, Buenos Aires, 1995.
- SAGUÉS, NÉSTOR, *Constitución de las Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Ed. Astrea, Buenos Aires.
- SPOTA, ALBERTO A., *Naturaleza político-institucional de la Ciudad de Buenos Aires en el texto de la Constitución vigente a partir de agosto de 1994*, LA LEY, 1995-A, 967.
- TRAVIESO, JUAN ANTONIO, *Los derechos humanos en la Constitución de la República Argentina*, EUDEBA, Buenos Aires, 1996.
- VANOSSI, JORGE R., *Régimen político de la Ciudad de Buenos Aires*, en: *La autonomía municipal y sus limitaciones. Controversias*, edición de la Academia de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires. Autonomía... ma non troppo, ED, 1995/12/29.

CAPÍTULO VIII

LA PARTE DOGMÁTICA DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

SUMARIO: 1. Nociones generales.— 2. Constitucionalismo y derechos. a) Constitucionalismo clásico. b) Constitucionalismo social. c) Los derechos de incidencia colectiva y una nueva etapa del constitucionalismo. d) El derecho internacional de los derechos humanos. i) Evolución y contenido. ii) Recepción constitucional.— 3. El nuevo "techo ideológico" de la Constitución Nacional.— 4. Reglamentación de los derechos. a) Principio de relatividad. b) Principio de legalidad. c) Principio de razonabilidad.— 5. Poder de policía. a) Poder de policía en sentido amplio y en sentido estricto. b) Distribución del poder de policía en el territorio.— Bibliografía.

1. NOCIONES GENERALES

Bidart Campos denomina a la parte dogmática de la Constitución "derecho constitucional de la libertad"[1], en razón de que "allí se centraliza un núcleo que coincide con el de la democracia, al conferir instalación a la persona humana de acuerdo a su dignidad, su libertad y sus derechos".

En la primera parte de la Constitución, conocida bajo las denominaciones de dogmática o de doctrinaria, se "declaran" los derechos de acuerdo a una decisión del poder constituyente que establece la Constitución. Ello, sin desconocer que este poder no constituye derechos, no otorga derechos, sino que reconoce y garantiza su existencia en cabeza de las personas. De allí surge un sistema de derechos integrado con normas escritas tanto en el texto constitucional como en otras fuentes, en el que tienen cabida los derechos implícitos, expresamente consagrados en el art. 33, al decir de aquellos que derivan de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.

(1) BIDART CAMPOS, GERMÁN, *Manual de la Constitución Reformada*, t. I, Ediar, Buenos Aires, 1996, p. 473.

La Constitución histórica evidenció importantes cambios en su parte dogmática o doctrinaria con la reforma de 1994, pese a las dificultades que se le planteaban al constituyente con la ley 24.309 declarativa de la necesidad de la reforma, en cuanto vedaba bajo pena de nulidad toda modificación en los arts. 1° a 35, constitutivos del único capítulo denominado "Declaraciones, derechos y garantías". Sin embargo, dicha ley habilitaba una serie de puntos relacionados con esta primera parte, susceptibles de ser objeto de enmienda. En función de este mandato, el constituyente reformador asumió la decisión de agregar nuevos contenidos doctrinarios a los ya existentes. Tal medida se llevó a cabo mediante dos procedimientos. Por un lado, se incorporó un segundo capítulo a la parte primera, denominado *"Nuevos derechos y garantías"*, en el cual se introdujeron relevantes modificaciones al sistema de modo de ponerlo a tono con los cambios ocurridos en el campo del derecho internacional de los derechos humanos. Ello, a través de los siguientes tópicos: cláusula de defensa de la democracia y de la ética pública, los derechos políticos y la regulación de los partidos políticos, las formas semidirectas de democracia, los derechos de incidencia colectiva al ambiente sano y de los consumidores y usuarios y las garantías bajo el género común del amparo. Por otra parte, mediante la atribución de nuevas facultades al Congreso, se otorgó jerarquía constitucional a diversos instrumentos sobre derechos humanos, se reconocieron de los derechos de los pueblos originarios y, asimismo, se incluyeron nuevas pautas de legislación en materia de igualdad, no discriminación y de desarrollo.

En este capítulo describiremos, primeramente, la conformación del sistema de derechos desde la perspectiva del constitucionalismo y sus diferentes momentos históricos; en segundo lugar, abordaremos la cuestión relativa al proceso de internacionalización de los derechos humanos y a su recepción constitucional. La parte final, la dedicaremos al régimen de potestades de los poderes públicos en materia de reglamentación de los derechos.

2. CONSTITUCIONALISMO Y DERECHOS

Cada una de las etapas que han jalonado la evolución del constitucionalismo se ha visto caracterizada por el reconocimiento de una generación de derechos, lo que importa asimismo, una forma particular de ejercicio de la función del control y un modelo de Estado, con sus consecuencias en la relación entre gobernados y gobernantes.

Por supuesto que estas características también generan efectos sobre el tipo de democracia que se propone en cada caso, principalmente en lo que atañe a los espacios de participación reservados a los gobernados. Queremos destacar que el constitucionalismo es, tal vez, el único

movimiento de ideas que crece por adición. Es decir que toda vez que se verifica sobre la marcha institucional alguna falencia, aparecen nuevos institutos que van a llenar esas "lagunas"; pero, la incorporación del nuevo instituto no importa de modo alguno la exclusión de otro. En suma, el edificio institucional se enriquece sin solución de continuidad, y lo que se va creando se transforma en un umbral que se suma a lo anterior y que irá creciendo hacia un techo que necesariamente y de manera continuada irá elevándose más y más.

Nos parece importante señalar que, luego del trabajo elaborado por el constitucionalismo clásico, todos los elementos que se han ido sumando en los más de dos siglos de vigencia de este movimiento tienen que ver de un modo u otro con el perfeccionamiento de la función de control. No olvidemos que Montesquieu inventó la teoría de la separación de poderes con un claro punto de mira: "asegurar que el poder detenga al poder". En *El espíritu de las leyes* explica que su teoría no apunta a asegurar una distribución funcional del poder, como había ocurrido en el pasado, ya que esto de todos modos ocurriría por añadidura, sino que el objetivo era otro: conseguir que el poder fuera limitado. Para ello se elabora una serie de mecanismos para la fiscalización recíproca entre los tres poderes. De manera tal que a cada uno de ellos, además de las potestades propias de su naturaleza, se le agregan otras destinadas a controlar a los otros dos órganos de gobierno, y así recíprocamente.

Pues bien, la experiencia acuñada a partir de la vigencia de las nuevas instituciones rápidamente puso de manifiesto que la función de control adquiría un papel preponderante. Sin mecanismos aptos para ello no quedaban garantizados la aplicación y el cumplimiento de las normas constitucionales. Así las cosas, no por casualidad las innovaciones que se van incorporando a la Constitución apuntan al perfeccionamiento de los controles y a la definición de las responsabilidades de quienes están involucrados en las consecuencias de la inobservancia de la Ley Fundamental. En la parte dogmática se agregan nuevos derechos, de modo de proteger otras esferas del accionar de los gobernados y así asegurar los ámbitos de la sociedad y del gobierno, preservando el carácter excepcional de este último. Surgen nuevas garantías que se suman a las de carácter institucional e implican, como veremos más adelante, la concesión de instrumentos de control en manos de los gobernados, a quienes a su vez se les aseguran nuevos espacios de participación en el proceso de toma de las decisiones públicas. En la parte orgánica se incluyen nuevos órganos que tienen por función el ejercicio de alguna potestad determinada de control. Por caso, el defensor del pueblo o el Ministerio Público, para sólo mencionar dos ejemplos. Estos nuevos protagonistas con rango constitucional de la vida institucional del país tienden a reforzar falencias de alguno de los tres poderes clásicos —Ejecutivo, Legislativos

y Judicial—. Su objeto tiende o bien a la defensa de los derechos de los gobernados frente al accionar de alguno de estos poderes, en particular del Ejecutivo, o a fiscalizar su accionar en los planos financiero, presupuestario, etcétera.

En la Argentina, la constitucionalización de estos órganos comenzó, en el nivel provincial, con las Constituciones de la década del '50 de las nuevas provincias, y por último la reforma de 1994 las incluyó en la Constitución Nacional.

A continuación observaremos el modo como se perfecciona este esquema en cada uno de los tres períodos del constitucionalismo, caracterizados respectivamente por el reconocimiento sucesivo de los derechos individuales, sociales y de incidencia colectiva, también denominados de primera, de segunda y de tercera generación. Esta introducción nos parece muy necesaria y útil, ya que permite percibir el carácter sistémico que presenta la construcción constitucional y por lo tanto el tipo de relaciones que se manifiestan en su seno desde una perspectiva de permanente evolución, caracterizada por la incorporación de nuevos institutos en función de perspectivas cambiantes.

Es ésta la manera como analizamos y valoramos al acontecer institucional en el interior de un Estado de Derecho. Esta perspectiva de cambios no debería sorprendernos si tenemos en cuenta que el régimen republicano democrático es el único que apuesta a la convivencia y a la gestión pacifica de los conflictos que surgen espontáneamente en la sociedad. Es, precisamente, esta particularidad la que permite la confrontación de ideas y de programas de gobierno en el marco del pluralismo que necesariamente debe imperar en un sistema político de este tipo.

a) Constitucionalismo clásico

El constitucionalismo clásico de los albores del movimiento iluminista consagra los derechos individuales. Son ellos, el derecho a la vida, a la intimidad, a la seguridad personal, a la libertad de expresión, a la libertad de cultos; en suma, los derechos contenidos en el art. 14 CN. Se trata de libertades que protegen ámbitos individuales de la persona humana, es decir, se refieren a lo que "ella es", a través de bienes jurídicos como la vida, el pensamiento, la religión, el ejercicio del comercio, entre otros.

Al hombre se lo concibe aislado, relacionado directamente con quienes lo gobiernan, sin intermediarios, ya que las asociaciones intermedias no son reconocidas. Recordemos que, inclusive, la Ley Le Chapelier, dictada durante la Revolución Francesa, produce la abolición de toda forma corporativa susceptible de interponerse entre los ciudadanos y sus

autoridades. En este marco, la función de control es asegurada exclusivamente desde las instituciones. Son éstas las encargadas de que *"el poder detenga al poder"* (parafraseando a Montesquieu). La creencia en la fuerza del Derecho como una suerte de bálsamo, capaz de garantizar la legalidad en toda circunstancia, apartaba de la mente de los fundadores del constitucionalismo toda posibilidad de crear controles por fuera de la dinámica de funcionamiento de la tríada de poderes que componen el gobierno de las democracias republicanas. No por casualidad Hamilton, finalizada la Convención de Filadelfia que sancionó la Constitución estadounidense de 1787, exclamó con gran euforia que a partir de ese momento gobernarían las instituciones y no los hombres. Se confiaba en que el diseño institucional incorporado a la Ley Fundamental operaría con la misma infalibilidad que un mecanismo de relojería.

El tipo de Estado que se corresponde con este modelo institucional es el que se ha dado en llamar "Estado gendarme". Se trata de una estructura de gobierno mínima cuyas funciones propias se limitan al ejercicio de la defensa y de la seguridad de los habitantes y a las relaciones internacionales. A ello debe agregarse, como gran mandato, el de velar por la efectiva vigencia del abanico de libertades contempladas en la Constitución. La libertad es el valor fundamental a preservar, cuya vigencia se persigue de manera preponderante. La igualdad tiene todavía un alcance limitado consistente en que todos estén sujetos al mismo marco jurídico. Lo que se entiende por igualdad ante la ley, que habla de normas e instituciones idénticas para todos los habitantes del Estado.

Por último, el art. 22 de la Constitución es el modelo de cláusula definitoria del tipo de democracia que, tal como reza su art. 1º, debe ser "representativa republicana". La participación de los gobernados en los actos de gobierno queda limitada a un solo momento: el de la legitimación del acceso al poder por parte de los gobernantes, a través del sufragio emitido por los gobernados. Por lo tanto, de conformidad con las ideas de los fundadores del constitucionalismo, el pronunciamiento del pueblo (cuerpo electoral), titular de la soberanía, a través del voto es una condición *sine qua non* para asegurar la titularidad de las instituciones de manera regular. Esto es, a su vez, una consecuencia natural del cambio del titular de la soberanía, que pasa del soberano (monarca) al soberano (pueblo). Es preciso destacar que sólo los ciudadanos participan en la elección de gobernantes, pues, son los únicos que gozan de los derechos políticos: a elegir (sufragio activo) y a ser elegido (sufragio pasivo). A los demás habitantes se les garantizan exclusivamente los derechos civiles.

b) Constitucionalismo social

La segunda etapa del constitucionalismo se verá caracterizada por el reconocimiento de los derechos sociales, y por ello no es casualidad

que se la identifique con esta denominación. Las Constituciones de Querétaro (México) de 1917 y de Weimar (Alemania) de 1919 son las que inauguran desde el texto constitucional este movimiento. El tiempo transcurrido bajo el esquema precedente pone de manifiesto la necesidad de resguardar espacios diferentes de la actividad humana. No sólo aquellos que importan los atributos de la persona por su calidad de tal en su consideración individual. Se trata de acceder a la protección de las circunstancias que rodean lo que "las personas hacen". Es decir, el hombre en su relación con otros en el campo laboral, como así también la consideración de ciertas vicisitudes susceptibles de afectar su acontecer y que también merecen ser contempladas.

Nacen entonces el Derecho Laboral y Previsional y la Seguridad Social. El Estado engrosará sus incumbencias y, bajo el formato del modelo de bienestar o "Estado providencia", tratará de restablecer las ecuaciones sociales de modo de asegurar un concepto reforzado de igualdad: la de oportunidades. La función de control se verá reforzada a través del reconocimiento de garantías individuales, de manera de posibilitar que sea el mismo titular de un derecho quien frente a algún tipo de menoscabo o amenaza de ello, pueda accionar ante la justicia impidiendo que esto ocurra o que cese la situación lesiva. Estos cambios marcan el nacimiento del Derecho Procesal-Constitucional. Además, se crean órganos específicos de control que se suman a las potestades de los tres poderes que componen el gobierno. Así, aparecen sindicaturas, auditorías, el ombudsman, el Ministerio Público como órgano independiente, entre otros institutos específicos.

La democracia representativa deja de ser considerada como un mecanismo inmodificable. La idea de que el consenso que se genera en torno de una determinada propuesta política y de sus hombres para encarnar el gobierno del estado no admite intervenciones de parte de los gobernados una vez que los electos se encuentran en funciones, ni permite que pueda desaparecer el apoyo brindado a través del sufragio mayoritario, cede. Así, comienza a utilizarse el sufragio para la toma de decisiones y no sólo para elegir a los gobernantes. Esta nueva forma de sufragio abarca diferentes modalidades conocidas con el término común de *formas de democracia semidirecta*[2]. Aparecen así nuevos institutos como el *referéndum*, el plebiscito, consultas e iniciativas populares, revocatoria de mandatos, entre otras. En ellas encontramos la meta de controlar el accionar estatal, muchas veces sustituyendo el poder de decisión que se traslada de los gobernantes a los gobernados, en una suerte de subrogación, que opera cuando se reúnen los requisitos establecidos en la normativa para el ejercicio de cada uno de los mencionados institutos.

(2) Ver en Capítulo V: *Formas de democracia semidirectas.*

En el transcurso de este período quedan consagradas las garantías individuales, como mecanismo que se suma a las institucionales. En el Derecho Constitucional latinoamericano, el amparo originado en la Constitución mexicana de Yucatán de mediados del siglo XIX conforma el género de este tipo de nuevas garantías que luego da nacimiento a diferentes especies.

De la mano de estas innovaciones también cabe destacar el pleno reconocimiento de las organizaciones intermedias como nuevos actores del Derecho Constitucional, dejando de lado los prejuicios que al respecto acusaba la primera etapa. Como muestra de ello a los gremios se les reconoce la titularidad del derecho de huelga.

Por lo tanto, en adelante no sólo las personas físicas pueden ser titulares de derechos, sino también las jurídicas. En este mismo orden de ideas, comienza a reconocerse el protagonismo insoslayable de los partidos políticos en el marco del Estado de Derecho, en una evolución que en un principio los condenaba como totalmente distorsivos para el funcionamiento democrático y que termina por aceptarlos como personas jurídicas de existencia necesaria que poco a poco serán objeto de expreso tratamiento en el texto constitucional[3].

c) Los derechos de incidencia colectiva y una nueva etapa del constitucionalismo

Con la consagración del derecho al ambiente sano, a partir de la década del 60 del siglo pasado, nace la tercera generación de derechos, la que viene a sumarse a las dos precedentes —individuales y sociales—. Se trata de los *derechos de tercera generación* o *de incidencia colectiva*, como la Constitución argentina los denomina en su art. 43.

Esta nueva ola tiene su punto de mira en el entorno en el cual debe transcurrir la vida humana a partir de una proyección *ad-infinitum* que obliga a todos por igual, en aras al logro de la equidad intergeneracional que es uno de los elementos fundamentales de la noción. Junto al derecho al ambiente aparecen también los de los consumidores y usuarios y, entonces, el ideal de la calidad de vida digna se ensancha para asegurar una competencia genuina que les confiera a las personas una verdadera libertad de elección de bienes y servicios. Ello, dentro del marco de una gestión que asegure su participación y le brinde amplia información.

Esta nueva categoría de derechos logra una mayor consagración de manera concomitante con el estado posprivatización. Este fenómeno

(3) Ver en Capítulo IV: *La constitucionalización de los partidos políticos.*

marca un punto de inflexión en el aumento de las facultades gubernamentales. La modificación se funda en la ineficiencia del estado prestador, como así también en la falta de incentivo que este modelo importa para la iniciativa privada. La nueva realidad lleva a la difusión del ejercicio de funciones públicas a otros agentes diferentes del Estado. Asimismo, conlleva para este último el fortalecimiento de la función de control de modo de lograr que la nueva situación provoque beneficios en el nivel de vida de todas las personas y no sólo la acumulación del lucro en manos de unos pocos. Para García Minella, "los derechos humanos de tercera generación se incorporan al sistema cuando el desarrollo desmedido de la actividad del hombre produce la degradación de determinados bienes relevantes para la sociedad. Estas prerrogativas son las herramientas generadas por el Estado para resguardarse y resguardarnos de los embates del sistema capitalista" (4).

Esta autora considera, siguiendo a Eduardo P. Jiménez y a Ignacio Ara Pinilla, *"que este subsistema de derechos —a diferencia de las otras generaciones—* se funda en el valor paz (como concepto integrador de los valores fúndanles de los restantes subsistemas), lo cual implica adoptar como método para su consecución la elección de mecanismos de participación ciudadana, mecanismos de búsqueda de consensos y concertación".

Más adelante, haciendo referencia a los derechos de tercera generación, expresa que "dentro de las particularidades de estos derechos humanos... identificamos que no se encuadran en la estructura de los derechos subjetivos, ni se contienen en normas de carácter programático. Asumen la estructura de *derecho-deber,* lo cual posibilita que todo habitante este legitimado para resguardar estas prerrogativas en tutela de la legalidad constitucional; de alguna manera sólo se formula —en este último caso— una petición anulatoria".

En la actualidad, el estado de cosas imperante marca un escenario muy diferente al descripto precedentemente, que se apoyaba en la creencia de que la iniciativa privada por sí sola sería generadora de mayor riqueza y esto llevaría naturalmente a una mejor distribución, redundando en un mejoramiento del nivel de vida de las personas. En efecto, estamos asistiendo a un proceso de globalización a nivel mundial, con concentración de las riquezas en unos pocos grupos poderosísimos. Esto último importa para el Estado una pérdida creciente de poder de decisión. Por lo tanto, la continuación de este fenómeno sólo augura resultados sombríos, no sólo en cuanto a la situación de las personas, sino también en cuanto a las realidades nacionales y sociales. Se impone una reversión de esta realidad y para ello nos parece interesante tener en cuenta las nuevas orientaciones económicas en la materia (5).

(4) GARCÍA MINELLA, GABRIELA, *Ley General del ambiente. En busca de una interpretación de la nueva legislación ambiental,* en EDUARDO P. JIMÉNEZ (coord.), *Derecho Ambiental,* Ediar, Buenos Aires, 2004.

Creemos que herramientas como las que describiremos más adelante y que hacen a la nueva institucionalidad derivada del reconocimiento de los derechos de tercera generación, constituyen interesantes aportes para conseguir un cambio importante que lleve a asegurar una calidad de vida digna a los habitantes de nuestro planeta (6).

d) El derecho internacional de los derechos humanos

El derecho internacional de los derechos humanos es una rama independiente del derecho internacional cuyo objeto es la promoción y tutela de los derechos y libertades de la persona humana, con prescindencia de las fronteras estatales.

La internacionalización de los derechos humanos es un proceso que se inicia al finalizar la Segunda Guerra Mundial, como consecuencia del quiebre del concepto clásico de soberanía que, hasta entonces, había sido el principio general fundamental del derecho internacional.

El Estado Nación había dejado de ser garantía para los derechos de las personas y su propiedad y, por el contrario, resultó ser su principal detractor, a la luz de los trágicos acontecimientos de la conflagración mundial.

No es de extrañar, entonces, que los dos grandes ejes alrededor de los cuales se fueron perfilando las nuevas estructuras supranacionales, fundadas en el Estado de Derecho, hayan sido, precisamente, la integración referida a los derechos humanos y la integración económica.

i) Evolución y contenido

El punto de partida en materia de protección de los derechos humanos en el ámbito universal está dado por la Carta de Naciones Unidas, firmada el 26 de junio de 1945 en San Francisco, al finalizar la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional. Su entrada en

(5) STIGLITZ, JOSEPH, *Towards a New Paradigm for Development; Srategies; Policies and Proceses.* UNCTAD, 1998.

(6) Ver en Capítulo XI: *Los derechos de incidencia colectiva luego de la reforma de 1994* y Capítulo XII.

vigencia tuvo lugar el 24 de octubre de ese mismo año. La Corte Internacional de Justicia forma parte de dicha Carta constitutiva.

En su Preámbulo, los pueblos de las naciones unidas se resuelven "a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y en el de las naciones grandes y pequeñas...". Y, en su art. 3º, se establece como uno de sus propósitos el de "Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión...".

La codificación de los derechos a que se refiere la Carta constitutiva tuvo lugar con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General[7], sobre cuya base se fue desarrollando una serie de tratados y de sistemas de fiscalización, con el fin de establecer obligaciones en cabeza de los estados miembros que generarán las consecuentes responsabilidades en caso de incumplimiento.

En este orden de ideas, merecen destacarse, especialmente, los pactos de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1966: el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los que entraron en vigor diez años más tarde. El último de los tratados citados establece un órgano de control denominado Comité de Derechos Humanos, cuyas facultades se incrementan con las que regula el Protocolo Facultativo del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, en cuanto habilita a este órgano para recibir denuncias de las personas que aleguen ser víctimas de violaciones de cualquiera de los derechos en el Pacto por parte del Estado bajo cuya jurisdicción se encuentren (art. 1°)[8].

En forma concomitante, se desarrollaron los sistemas regionales de protección. Así, en nuestro ámbito, se aprobaron en el año 1948 la Carta de la Organización de los Estados Americanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Los objetivos y propósitos

(7) Ampliar en ALBANESE, SUSANA, *Derecho Constitucional*, Universidad, Buenos Aires, 2004, p. 422.

(8) Art. 1º, Protocolo Facultativo del PDCP: "*Todo Estado Parte en el Pacto que llegue a ser parte en el presente Protocolo reconoce la competencia del Comité para recibir y considerar comunicaciones de individuos que se hallen bajo la jurisdicción de ese Estado y que aleguen ser víctimas de una violación, por ese Estado Parte, de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto. El Comité no recibirá ninguna comunicación que concierna a una Estado Parte en el Pacto que no sea parte en el presente Protocolo*".

de la Carta son similares a los enunciados en el ámbito universal. Por su parte, la Declaración es más específica, en cuanto a la imposición de deberes.

La creación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el marco de la OEA, constituyó un hito trascendental en la evolución del sistema de protección americano[9]. La finalidad que se le atribuyó fue la de promover la observancia de los derechos consagrados en la Declaración, y se le requirió la realización de un proyecto de tratado sobre la base de aquélla. Asimismo, se la habilitó para recibir y considerar denuncias individuales por violaciones a los derechos humanos por parte de los Estados miembros de la Organización.

En 1969 se aprobó la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o Pacto de San José de Costa Rica. Este tratado instituye dos organismos para la tutela de los derechos que consagra en su primera parte: la Comisión Interamericana, a la que aludimos en el párrafo anterior y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con jurisdicción consultiva y contenciosa. Pero, en el caso de la Corte, las personas no están facultadas para acudir ante ella, sino solamente la Comisión o los Estados.

ii) Recepción constitucional

En la Argentina, se produjeron dos hechos que, a nuestro entender, fueron trascendentales en la materia. El primero de ellos tuvo lugar el 5 de septiembre de 1984, día en que el Estado ratifica el Pacto de San José de Costa Rica y reconoce competencia a la Corte Interamericana. Con ello, el concepto de soberanía, vigente hasta ese momento, se morigera con relación a las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en casos donde se encuentren involucradas eventuales violaciones a los derechos protegidos por el Pacto.

El segundo hecho se produce con el otorgamiento de jerarquía constitucional a una serie de instrumentos sobre derechos humanos, expresamente enumerados en el art. 75, inc. 22 de la Constitución, así como la posibilidad de que otros que versen sobre la materia, pasen a obtener esa jerarquía mediante el procedimiento establecido en la norma citada[10]. Así, adquirieron rango constitucional la Convención sobre Desaparición Forzada de Personas y la Convención sobre Imprescriptibilidad de Delitos de Lesa Humanidad.

(9) El hecho tuvo lugar en Santiago de Chile en 1959 en la V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores de los países miembros de la organización.

(10) Ver en Capítulo III, *El régimen de los tratados internacionales.*

Cabe tener presente que estos tratados son complementarios de los que integran la parte dogmática de la Constitución, esto es, vienen a completar el plexo de derechos constitucionales, sin que exista respecto de ellos una relación de subordinación[11], respecto de los contenidos de la denominada parte dogmática "vieja" (arts. 1° a 35). Por el contrario la interpretación debe posibilitar que estos últimos se vean enriquecidos con los aportes provenientes de ese conjunto de instrumentos internacionales y de ese modo se les dará cabida real en el nuevo catálogo de derechos y garantías vigente en nuestro país.

3. El nuevo "techo ideológico" de la Constitución Nacional

Este marco de referencia renovado produce como lógica consecuencia la ampliación del "techo ideológico" de nuestra Ley Fundamental. Bidart Campos lo denomina "techo principista-valorativo" en el tomo VI de su *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*. Toda Constitución encuentra su marco de referencia en diversas expresiones contenidas en distintas partes de su articulado. En lo referente a la nuestra, luego de su sanción, la ideología del constituyente del '53 surgía con claridad, principalmente, del Preámbulo y de la denominada "cláusula del progreso", art. 75, inc. 18 —ex 67, inc. 16—. A partir de allí se insinuaba el sentido de las decisiones y acciones a ser tomadas y llevadas a cabo por los responsables gubernamentales. Con posterioridad, nuestra Constitución incorporó en la reforma de 1949 y luego de la derogación de ésta, con la sanción del art. 14 bis, por la Convención Constituyente de 1957, típicas cláusulas de contenido social, que no sólo consagran el derecho al trabajo, sino que le imponen al legislador claros cometidos tendientes a asegurar al trabajador condiciones dignas de labor, jornada limitada, retribución justa, protección contra el despido arbitrario, organización sindical, derecho de huelga, etc.

Esa evolución hacia el constitucionalismo social se consolida con la reforma de 1994 que le asigna jerarquía constitucional a una serie de tratados de derechos humanos y crea un mecanismo para que otros puedan alcanzar esa jerarquía, y por la incorporación de los incs. 19 y 23 al art. 75 de la Constitución. Este último, con claras reminiscencias de la Constitución italiana de 1948, le impone al Congreso el deber de legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad de oportunidades y de trato[12] y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales.

(11) Bidart Campos, Germán, *Tratado de Derecho Constitucional Argentino*, t. VI, Ediar, 1994, ps. 566 y ss.

(12) Ver en Capítulo X, *La igualdad ante la ley*.

Esta nueva impronta del constitucionalismo social se fortalece a partir de la reforma constitucional con el deber que se le instituye al Congreso de promover lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores (art. 75, inc. 19). Resumiendo, al Estado le cabe el deber de elegir las acciones conducentes a optimizar los resultados que posibiliten el desarrollo de la persona humana en sociedad y al progreso económico dentro de un marco de equidad. Estas dos cláusulas son típicamente programáticas, su implementación requiere de leyes "medidas" del Congreso, único responsable en la determinación del momento más propicio para su concreción. Todas sus prescripciones se encuentran influidas por un alto grado de contenido ideológico.

El ya citado inciso 19 tiene una presentación casi idéntica a la vieja "cláusula del progreso" (hoy inciso 18 del mismo artículo), en lo que hace al modo de formular grandes objetivos a ser plasmados en la legislación futura a los que debe "proveer" el Congreso Nacional. A nuestro entender se trataría de una suerte de extensión del inciso anterior. Esta nueva disposición completa a su predecesora a través de una variada serie de postulados que se entroncan en su mayoría con las bases del denominado constitucionalismo social. La concreción de toda esta panoplia de acciones sólo podría concretarse por medio de una herramienta de fuerte intervención en la vida socio-económica de la comunidad, como lo es el denominado "estado de bienestar". Hoy estas acciones no tienen por qué ser llevadas a cabo directamente por el Estado, éste podría perfectamente "tercerizar" muchas de ellas con el concurso de la vasta gama de organizaciones sociales que hoy exhibe la sociedad argentina, las que son englobadas bajo variados términos, como por ejemplo: "sector social" o "representación de la sociedad civil".

A través de las grandes directivas contempladas en los cuatro párrafos del inciso 19, que hacen al modo de desarrollo con equidad, a un federalismo igualitario, a una educación gratuita y amplia, a la defensa del patrimonio cultural, se refleja también la ideología de la reforma. Aparece claramente la voluntad del constituyente reformador de ordenarle a los gobernantes la realización de acciones "positivas" que permitan que tan importantes objetivos puedan hacerse realidad. Spisso sintetiza la cuestión de la siguiente forma: "en suma, el deber de escoger los medios más aptos tendientes a optimizar los resultados conducentes al desarrollo de la persona humana en sociedad y al progreso económico con justicia"[13].

(13) Spisso, Rodolfo, *En las antípodas del Constitucionalismo social*, ED, 1995/01/02.

4. REGLAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS

El goce de la amplia gama de derechos reconocidos por la Constitución está sujeto a limitaciones, que tienden a asegurar la convivencia armónica de todos los miembros de la comunidad. Ello, en tanto y cuanto, las relaciones subjetivas que se establecen en la comunidad y los conflictos que éstas suscitan generan situaciones en las cuales se producen superposiciones en el ejercicio de los derechos. Esto ocurre por ejemplo si frente a una situación de catástrofe natural en una región determinada se hiciera necesario asegurar el paso de los pobladores que allí habitan a través de un predio privado. Pues bien, en este caso encontramos dos derechos en tensión por un lado el que asegura la subsistencia o la vida de las personas y por el otro el de propiedad, si identificamos los bienes jurídicos que se aseguran a través de cada uno de esos derechos, no parece difícil reconocer una preeminencia al primero de los mencionados. En la especie queda claro que se impone la necesidad de establecer prioridades entre los diferentes bienes jurídicos en juego de modo de encontrar una solución a los problemas que se hayan producido o susceptibles de ocurrir. A partir de estas consideraciones podemos afirmar el carácter no absoluto de los derechos y la labor que le cabe a los legisladores quienes a través de las leyes deben construir un marco que los armonice dentro de un sistema; luego, serán los magistrados quienes como últimos intérpretes de las normas las adaptarán a los casos concretos en los que deban resolver a través de sentencias.

La facultad reglamentaria del Estado reconoce su fuente formal en el art. 14 CN, cuya primera parte declara: "*Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio...*". Se consagran así dos principios fundamentales de nuestro sistema de derechos: el principio de relatividad y el de legalidad.

Ambos postulados, sumados al principio de razonabilidad, que establece el art. 28 de la Constitución, constituyen el núcleo instrumental para garantizar la plena vigencia del régimen de derechos, no sólo con relación a los habitantes de la comunidad, sino también respecto del accionar de los poderes del Estado.

a) Principio de relatividad

Según el principio de relatividad, los derechos no son absolutos, sino que su ejercicio está sujeto a limitaciones impuestas por las leyes que los reglamentan por mandato constitucional. Esta condición surge, además, de las declaraciones internacionales de derechos humanos. La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 expresa: "*La libertad consiste en poder hacer todo lo que no daña a otro. Así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que aquellos que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de los mismos derechos. Estos límites no pueden ser determinados sino por ley*". Y la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 en su art. 29 expresa: "2. *En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática. 3. Estos derechos y libertades no podrán en ningún caso, ser ejercidos en oposición a los propósitos y principios de las Naciones Unidas...*".

La Corte Suprema de Justicia de la Nación respaldó, históricamente, el principio de relatividad al sostener: "En el sistema de nuestras instituciones políticas no hay derechos absolutos, y todos deben ejercerse con arreglo a las respectivas leyes reglamentarias" (14).

Los límites al goce de los derechos presuponen, a su vez, la imposición de deberes a terceros, a los efectos de asegurar la necesaria convivencia social en libertad.

b) Principio de legalidad

El principio de legalidad es uno de los postulados fundamentales del constitucionalismo, en tanto exige la necesidad de la ley para que el Estado pueda expresar válidamente su voluntad en determinadas materias, como por ejemplo en cuestiones de naturaleza penal o impositiva, entre otras. Se trata de una emanación del principio del imperio de la ley que persigue la subordinación de la voluntad de los gobernantes a marcos legales previos a la toma de las decisiones comprendidas dentro de sus respectivas competencias.

Dice Joaquín V. González: "Este poder de la ley viene de la naturaleza misma, pero no tendría efectividad si la Constitución no lo declarase, porque sólo la Nación puede, por su soberanía, limitar los derechos, y porque el gobierno es un conjunto de poderes expresos y limitativamente enumerados; y si no hubiese dado al Congreso aquella facultad, cada individuo, pudiendo gozar sin ninguna restricción de sus derechos absolutos, habría destruido el orden social" (15).

---

(14) Ver, entre otros, CSJN, "Ortelli de Trincavelli, Rosa Judit c. Hebrard, Augusto", Fallos: 132:360.

(15) GONZÁLEZ, JOAQUÍN V., *Manual de la Constitución Argentina (1853-1860)*, actualizado por HUMBERTO QUIROGA LAVIÉ, La Ley, 2001, p. 54.

El principio de legalidad que emana del art. 14 de la Constitución adquiere su plenitud en el artículo 19, que declara en su última parte: "... Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe".

A su vez, diversas cláusulas del texto fundamental consagran de manera específica este principio básico de la democracia liberal. Así, el art. 18 de la Constitución que, en materia penal, se traduce en la máxima *"nullum crimen nulla poena sine lege"*, exige "que haya una ley anterior que mande o prohíba una acción para que una persona pueda incurrir en falta por haber obrado u omitido obrar en cierto sentido, y que además se establezcan previamente las penas a aplicar"[16].

Por su parte, el art. 17 constitucional establece el principio de legalidad tributaria al expresar: *"Sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el artículo 4º"*.

El titular de la facultad reglamentaria es el Congreso, en cuanto es el poder a quien compete hacer la ley, según el procedimiento establecido en la Constitución.

Ahora bien, cabe preguntarse, ante el incremento de facultades en cabeza del Poder Ejecutivo, si corresponde extender el alcance del término "ley" cuando se trata de restricciones o límites a los derechos y libertades fundamentales.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunció al respecto en su Opinión Consultiva 6, al definir el concepto como la "Norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las Constituciones de los Estados Partes". Este pronunciamiento tuvo lugar con motivo de la consulta efectuada por la República Oriental del Uruguay acerca del alcance de la expresión leyes empleada por el art. 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuyo texto expresa: "Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas".

Según la norma transcripta, y como la propia Corte Interamericana lo interpreta, la Convención requiere, además, que las leyes deben adoptarse en función del "bien común" (...) elemento integrante del orden público del Estado democrático, cuyo fin principal es "la protección de los

(16) CSJN, 1994/12/20, "Cía. Argentina del Sud S.A. s/verificación contable", Fallos: 317:1770.

derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad" (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre)[17].

Sin perjuicio de ello, el organismo internacional concluye en que la posibilidad de delegaciones legislativas en la materia no se contradice forzosamente con la interpretación realizada, "siempre que tales delegaciones estén autorizadas por la propia Constitución, que se ejerzan dentro de los límites impuestos por ella y por la ley delegante, y que el ejercicio de la potestad delegada esté sujeto a controles eficaces, de manera que no desvirtúe, ni pueda utilizarse para desvirtuar, el carácter fundamental de los derechos y libertades protegidos por la Convención".

Pero, ante el aludido sobredimensionamiento de las facultades del Poder Ejecutivo, lógico es concluir que el control de constitucionalidad debe ser particularmente estricto cuando se trata de restricciones a derechos y libertades fundamentales efectuadas mediante el ejercicio de facultades legislativas del Presidente. Cabe destacar que, en materia de delegación legislativa —a la que expresamente refiere la Corte Interamericana—, la atribución del Congreso es sumamente amplia y ambigua, no obstante la prohibición absoluta para su ejercicio que encabeza el art. 76[18]. En consecuencia, existe riesgo evidente de que los límites a los que debe sujetarse el poder delegado sean imprecisos y den lugar a una eventual desnaturalización de los derechos fundamentales, incompatible con las normas constitucionales y convencionales de jerarquía superior.

En cuanto a los decretos de necesidad y urgencia, si bien existen tópicos que expresamente veda el art. 99, inc. 3 de la Constitución, los derechos humanos no han sido exceptuados por el constituyente de reforma. Así las cosas, el uso y abuso de esta facultad excepcional por parte del Poder Ejecutivo, para incursionar en una multiciplicidad de materias vinculadas directamente al sistema de derechos, ha sido una constante desde los años previos a la reforma hasta la actualidad, sin el debido control del titular de la potestad reglamentaria[19]. Por nuestra parte, creemos que, pese a no hallarse previsto expresamente en la norma, el Presidente carece de atribución para dictar decretos de necesidad y urgencia que involucren el ejercicio de derechos y libertades.

c) Principio de razonabilidad

El reconocimiento de derechos en la Constitución y la sujeción de su reglamentación a la ley, por el órgano competente y según el proce-

(17) OC-6; párrafo 29.
(18) Ver en Capítulo XVI, *Atribuciones del Congreso*.
(19) Ver en Capítulo XVIII, *Decretos de necesidad y urgencia*.

dimiento que ella establece, no aseguran por sí solos su efectiva vigencia. La facultad reglamentaria para lograr la concreción de los intereses generales de la sociedad puede ser utilizada tanto para garantizar que esos derechos sean efectivamente ejercidos por cada uno de sus miembros de manera armónica, como para desnaturalizarlos, esto es, privarlos de su esencia, o bien, lisa y llanamente suprimirlos, convirtiendo el dogma constitucional en letra muerta.

Al respecto, cabe recordar las palabras de Alberdi en sus célebres *Bases*: *"No basta que la Constitución contenga todas las libertades y garantías conocidas. Es necesario (...) que contenga declaraciones formales de que no se dará ley que, con pretexto de organizar y reglamentar el ejercicio de esas libertades, las anule y falsee con disposiciones reglamentarias. Se puede concebir una Constitución que abrace en su sanción todas las libertades imaginables; pero que admitiendo la posibilidad de limitarlas por ley, sugiera ella misma el medio honesto y legal de faltar a todo lo que promete"* (20).

En el Proyecto de Constitución, incorporado a las *Bases*, Alberdi plasma estas ideas en su art. 20, según la siguiente fórmula: *"Las leyes reglan el uso de estas garantías de derecho público; pero el Congreso no podrá dar ley con ocasión de reglamentar u organizar su ejercicio, las disminuya, restrinja o adultere en su esencia"*. El art. 28 de la Constitución histórica reproduce el principio, al establecer la regla de la inalterabilidad de *los principios, garantías y derechos* que consagra.

La jurisprudencia y la doctrina reconocen en esta cláusula el fundamento del principio de razonabilidad de las leyes, que atraviesa todo el ordenamiento jurídico y es, en consecuencia, requisito de validez de todo acto de autoridad pública. Así, el Poder Ejecutivo, al ejercer la atribución que le confiere art. 99, inc. 2 de la Constitución, no puede alterar el espíritu de la ley con excepciones reglamentarias.

A su vez, en la órbita del Poder Judicial la Corte Suprema de Justicia de la Nación elaboró la doctrina de la sentencia arbitraria, para descalificar aquellas decisiones jurisdiccionales que se hallan *desprovistas de todo apoyo legal, fundadas tan solo en la voluntad de los jueces* (21). Con relación a estos supuestos excepcionales, el Tribunal ha expresado que la interpretación de la ley debe realizarse *sin violencia de su letra y de su espíritu, de manera que concuerde con los principios y garantías de la Constitución Nacional* (22).

(20) *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Capítulo XXXIII, EUDEBA, Buenos Aires, 1966.

(21) Ver, entre otros, CSJN, "Storani de Boidanich", Fallos: 184:237, La Ley Online.

(22) Ver, entre otros, CSJN, "C. de V., E. c. V., A.", Fallos: 246:87, La Ley Online.

La prohibición impuesta al Poder Legislativo vincula el principio de legalidad, que refiere al procedimiento formal de creación de la norma, al de la razonabilidad, que atañe a la extensión sustancial de la restricción y que, como tal, constituye la valla impuesta por el poder constituyente a la voluntad del legislador. En Estados Unidos, el equivalente al principio de razonabilidad es el debido proceso legal sustantivo (23). La garantía del debido proceso legal que consagra la enmienda XIV comprende dos aspectos. Por un lado, el debido proceso legal adjetivo, que garantiza el procedimiento de formación y aplicación de la ley. Por otro, el debido proceso legal sustantivo, que hace al contenido de la norma o de los actos de autoridad pública.

Al respecto, enseña Bidart Campos: "La jurisprudencia norteamericana fue elaborando paulatinamente, en torno a la garantía del debido proceso legal, de las enmiendas V y XIV, un contenido substancial para la regla de razonabilidad; con la idea de que no todo lo legal es constitucional, a fines del siglo XIX tenía afirmado ya su criterio de que la garantía del *due process of law* equivalía a la exigencia de la ley razonable; si nadie puede ser privado de su vida, su libertad o su propiedad sin debido proceso legal, nadie puede soportar restricciones a su vida, su libertad o su propiedad impuestas por una legislación irrazonable; como se aprecia no es sólo la garantía adjetiva de que el juicio o proceso jurisdiccional debe asegurarse mediante defensa suficiente, sino también la sustancia de esos derechos no pueden ser interferidos arbitraria o irrazonablemente por el Estado" (24).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en su rol de máximo custodio de los derechos constitucionales, al ejercer el control de constitucionalidad no formuló pautas precisas que hicieran previsible el juicio de razonabilidad. Ello dio lugar a una jurisprudencia errática, oscilante, que generalmente evidenció una tendencia hacia la justificación del accionar de los poderes políticos.

- *El test de razonabilidad*

En una primera época, fiel a la concepción liberal del constitucionalismo clásico, la garantía *de inalterabilidad* de los derechos consagrada en el art. 28, fue interpretada por nuestra Corte Suprema en su sentido

(23) En el caso "Avico c. De la Pesa" (Fallos: 172:21), el Tribunal interpreta la regla de la razonabilidad del artículo 28 de la Constitución en términos equivalentes a la garantía del debido proceso legal de la jurisprudencia norteamericana, la cual "sólo requiere que la ley no sea irrazonable, arbitraria o caprichosa, y que los medios elegidos tengan una relación real y sustancial con el objeto o finalidad que se procura alcanzar".

(24) BIDART CAMPOS, GERMÁN, *Derecho Constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 1966, t. II, ps. 117 y 118.

literal estricto, desvinculado de intereses coyunturales. Eran los tiempos de un Estado de Derecho abstencionista, mínimo, creado precisamente para asegurar el ejercicio de las libertades individuales.

El fallo dictado por la Corte Suprema en "Hileret" [25] resulta ejemplificador. En el caso, se impugnaba la validez constitucional de una ley de la provincia de Tucumán que establecía diferentes cupos de producción para determinados ingenios, cuyo excedente debía tributar un gravamen adicional por kilo, que superaba el precio de venta en el mercado.

Puestos en cuestión el derecho de ejercer industria lícita y el de comerciar, el Tribunal enfatiza que no puede derivarse de la atribución reglamentaria que emana del art. 14, la facultad de la Provincia de Tucumán de limitar y de prohibir, *según lo tenga a bien, en ocasiones dadas*, el ejercicio de esos derechos, pues, ello *no es exacto, ni conciliable con la prescripción del art. 28 de la Constitución*[26]. La exigencia de integrar la garantía explícita en esta cláusula con el principio de legalidad es manifiesta y aparece como primera pauta de interpretación de la constitucionalidad de la ley reglamentaria.

A su vez, se agrega a ella el criterio según el cual las facultades del Estado en este ámbito no pueden justificarse según las circunstancias, sino que *"debe conservar incólume y en su integridad ese derecho, lo que vale decir, que no debe ni puede degradarlo y mucho menos extinguirlo en todo o en parte"* [27].

La interpretación de la regla de la inalterabilidad, ligada al criterio de no arbitrariedad o de proporcionalidad de los actos públicos con relación a los fines perseguidos, más proclive a la justificación de la discrecionalidad del ejercicio de ese poder, tiene lugar en la época posterior, junto con la adopción jurisprudencial del denominado poder de policía amplio, frente al cambio de paradigma del rol del Estado en materia de derechos económicos y sociales.

El concepto casi absoluto del derecho de propiedad y de la libertad contractual comienza a flexibilizarse, para dar lugar a un estado que interviene en los derechos patrimoniales de los individuos *en protección de intereses vitales de la comunidad*[28].

El Alto Tribunal emplea el criterio de razonabilidad de la ley por primera vez en el caso "Ercolano", para justificar el límite impuesto al precio de los alquileres en el marco de una crisis habitacional. Por aplicación del principio de autolimitación del Poder Judicial para evaluar la oportunidad, mérito y conveniencia del medio elegido, el único requisito exigido para satisfacer la garantía del art. 28 es que ese medio no sea arbitrario, esto es, que no exista abuso en la reglamentación.

(25) CSJN, 1903/09/05, "Hileret c. Provincia de Tucumán", Fallos: 98:20.
(26) Ver considerando 8.
(27) Idem.
(28) CSJN, "Ercolano c. Lanteri de Renshaw", Fallos: 136:170.

La recepción jurisprudencial del principio de razonabilidad de las leyes, en el contexto de la emergencia, dio lugar al juicio de proporcionalidad entre el medio empleado por el poder político en orden al interés estatal comprometido. Sin embargo, no se estableció, como ya dijimos, cuál es el estándar de razonabilidad —o de proporcionalidad— que emana de las normas fundamentales, y que torne previsible la aplicación de la garantía contenida en el art. 28 de la Constitución.

En este orden de ideas, la imposibilidad del Poder Judicial de juzgar de la oportunidad o conveniencia de una ley ha conducido muchas veces al error de asimilar ese juicio al del examen de la razonabilidad. Asimismo, la presunción de constitucionalidad de la ley unida a la de su razonabilidad ha limitado el control judicial de la razonable proporción entre el medio empleado y el fin legítimo perseguido por la reglamentación.

El fallo dictado en el caso "Cine Callao" [29] resulta emblemático. Luego de analizar pormenorizadamente el régimen de la ley 14.226, que obligaba la inclusión de números vivos en los programas de las salas cinematográficas de todo el país, con la finalidad de mitigar los efectos de la desocupación de los artistas de variedades, la Corte, por mayoría, establece que la presunción de constitucionalidad de las leyes supone la de su razonabilidad, por lo que se impone al impugnante la carga de acreditar *de modo concreto y categórico* la irrazonabilidad de la ley en su relación con las modalidades del caso[30]. Por el contrario, la disidencia del juez Boffi Boggero es esclarecedora, al decir que se trata de saber *"si el recurso elegido por el Poder Legislativo es o no adecuado a los fines perseguidos, si es o no razonable, ya que, como lo ha manifestado reiteradas veces la facultad privativa no es ilimitada, cabiendo el control de razonabilidad ejercido por el Poder Judicial"* [31].

Conviene tener presente que la gran voluntad de quienes inventaron el Estado de Derecho era sobreponerse a los hechos del príncipe, a la razón de estado; era sobreponerse a lo fáctico que necesariamente surge desde el mundo de lo político, dándole un quicio predeterminado. Sin embargo, si quienes tienen que hacer el estudio fundamentan el hecho del príncipe desde lo *factum*, equivocan el camino, pues, se incurre en la justificación permanente que diluye la pauta rectora que emana del

(29) CSJN, Fallos: 247:121.
(30) Ver considerando 19.
(31) Ver considerando 9 del voto en disidencia.

art. 28 de la Constitución, cual es la de la inalterabilidad de los derechos. En realidad se incurre en un acompañamiento de la decisión política que lleva en muchas oportunidades al avasallamiento de los derechos fundamentales. Ello ha sido recurrente en nuestro medio como producto de la recurrente invocación de la emergencia como subterfugio de la autoridad para el incumplimiento de cláusulas constitucionales.

En este sentido, la Corte Suprema ha analizado la proporcionalidad de los medios utilizados por la norma, en relación con los fines perseguidos por la ley, atendiendo a los motivos que el legislador tuvo para sancionarla.

Uno de los casos citados con mayor frecuencia para mostrar como la Corte Suprema ha utilizado el control de razonabilidad ha sido "Inchauspe c. Junta Nacional de Carnes" (Fallos: 199:483), al juzgar una norma que establecía una contribución del hasta uno y medio por ciento sobre el precio de venta del ganado, y autorizaba a la Junta a fijar la contribución entre esos parámetros. La finalidad de la ley era la de proteger la industria de la carne argentina. El Tribunal, al considerar constitucional la norma cuestionada *sostuvo "el análisis de la eficacia de los medios arbitrados para alcanzar los fines propuestos, la cuestión de saber si debieron elegirse ésos u otros procedimientos, son ajenos a la jurisdicción y competencia de la Corte Suprema, a la que solo incumbe pronunciarse acerca de la razonabilidad de los medios elegidos por el Congreso: es decir que sólo debe examinar si son o no proporcionales a los fines que el legislador se propuso conseguir, y en consecuencia, si es o no admisible la restricción de los derechos afectados"*. Con esa doctrina, la Corte Suprema parece adoptar la proporcionalidad como medida de la razonabilidad. Sin embargo —más adelante y en el mismo considerando— el Tribunal afirmó que el actor no había demostrado que los medios adoptados por la ley no guardaban relación con los fines que se propusieron en defensa de la ganadería nacional ni que fueran desproporcionados con respecto a éstos.

Por tanto, se dijo que es posible abrir el control de razonabilidad en dos pautas respecto a fines y medios de las normas. Por un lado, cabe examinar si el medio resulta desproporcionado, es decir, si aunque obtiene el fin perseguido, lo excede; por otro, si el medio guarda alguna relación de causalidad con el fin, aunque aquél no sea el único con el que se lo puede alcanzar.

Esta directiva, conocida como garantía innominada de razonabilidad (arts. 28, 33 y concs. de la Constitución Nacional), opera como complemento de todas las demás garantías, y como garantía autónoma. Ciertamente, la razonabilidad remite a que los derechos sean objeto de reglamentación sin alterar su espíritu. Tal es lo sentado por el art. 28 de la CN al expresar que los principios, garantías y derechos reconocidos

en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio. La "alteración" supone arbitrariedad o irrazonabilidad, y como la ley no puede incurrir en tal alteración —ni tampoco, por supuesto, los otros órganos del poder en el ejercicio de sus funciones— toda actividad estatal, para ser conforme a la Constitución, debe ser razonable.

El principio de razonabilidad tiene como finalidad preservar el valor justicia en el contenido de todo acto de poder e, incluso, de los particulares. Como se dijo arriba, fundamentalmente la razonabilidad exige que el "medio" escogido para alcanzar un "fin" válido guarde proporción y aptitud suficientes con ese fin; o que haya "razón" valedera para fundar tal o cual acto de poder.

El derecho judicial ha trabajado prolijamente las derivaciones del principio de razonabilidad. Sin pasar lista exhaustiva a esa elaboración, cabe señalar a título de ejemplo que: a) durante el estado de sitio, los jueces controlan la razonabilidad de las medidas adoptadas en ejecución del mismo; b) en materia de igualdad ante la ley, la jurisprudencia ha establecido que el legislador puede crear categorías discriminatorias entre los individuos para regular cada una de esas categorías de modo diferente, siempre que el criterio de discriminación sea razonable; c) la misma jurisprudencia, al introducir la acción de amparo antes de su regulación por la ley 16.986 —y también después en aplicación de sus normas— ha requerido que el acto lesivo contra el cual se reclama ostente arbitrariedad o ilegalidad manifiestas, lo que importa que controla la razonabilidad a efectos de la procedencia o improcedencia del amparo; d) también la jurisprudencia de la Corte Suprema ha construido toda una fecunda doctrina sobre la arbitrariedad de las sentencias, exigiendo que éstas, para ser válidas en cuanto actos jurisdiccionales, sean razonables, etc. En suma, la razonabilidad se controla judicialmente como contenido de todos los actos y funciones del poder —leyes, reglamentos, actos administrativos, sentencias, etc.—.

La jurisprudencia de la Corte establece que el control judicial de razonabilidad de una norma recae únicamente sobre su contenido, y no sobre los resultados que arroja su aplicación a un caso. Por ende, el control de constitucionalidad —según ese principio— se limitaría al texto mismo de la norma, y no a sus consecuencias aplicativas. Sin embargo, la propia Corte, en el examen de razonabilidad y constitucionalidad que lleva a cabo, desmiente la rigidez de esta pauta, porque son muchísimos los casos en que sus sentencias reputan irrazonable o inconstitucional una norma o un acto por los efectos que surten, o por los resultados que apareja la manera de haber sido aplicados a las circunstancias del caso. Ciertamente la imposición de requisitos arbitrarios que consienten situa-

ciones inicuas o de desigualdad ha sido considerada por la Corte como que violenta el principio de razonabilidad[32].

5. PODER DE POLICÍA

La redacción de la Constitución histórica (1853/60) no contenía la expresión "poder de policía" en ninguna de sus cláusulas. Con la reforma de 1994, el art. 75 que define las atribuciones del Congreso introduce este concepto en su inc. 30, si bien sólo para establecer que las provincias y los municipios conservan su poder de policía en los establecimientos de utilidad nacional.

Aún así, la ausencia de un contenido constitucional preciso en materia de poder de policía no fue óbice para que la jurisprudencia, especialmente la de la Corte Suprema, empleara este concepto para referirse a la potestad estatal para limitar o restringir los derechos individuales con el fin de asegurar el interés general de la sociedad. En este sentido, el poder de policía se identificó a la facultad reglamentaria que emana del art. 14 de la Constitución.

De acuerdo a las diferentes concepciones del Estado, el Máximo Tribunal fijó el alcance de sus "poderes de policía", distinguiendo los dos sentidos que admite el concepto: el restringido, acuñado por la doctrina francesa e italiana, y el amplio, que reconoce su fuente en la jurisprudencia norteamericana.

Seguidamente, haremos una breve reseña de la evolución de la doctrina elaborada por la Corte Suprema, y, luego, nos referiremos al ejercicio del poder de policía en el Estado federal.

a) Poder de policía en sentido amplio y en sentido estricto

La concepción liberal del constitucionalismo clásico atribuía al Estado la competencia de establecer restricciones al ejercicio de los derechos de los habitantes con el fin de asegurar la salubridad, la moralidad y la seguridad públicas. Este concepto de poder de policía responde al criterio restringido de la doctrina europea y se refleja en antiguos fallos de la Corte Federal.

Así, en el caso "Los Saladeristas"[33], se convalidó la reglamentación de la Provincia de Buenos Aires que sustentó el retiro de las autorizaciones concedidas a los saladeros que no se ajustaban a las nuevas condiciones establecidas, porque "ninguno puede tener un derecho adquirido de comprometer la salud pública, y esparcir en la vecindad la muerte y el duelo con el uso que haga de su propiedad, y especialmente con el ejercicio de una profesión o de una industria".

(32) CSJN, "Mocchiutti, Juan c. Universidad Nac. de Córdoba", LA LEY, 1998-C, 121.
(33) CSJN, Fallos: 31:273.

La ausencia de estos valores superiores del orden social determinaba la imposibilidad del estado de justificar el ejercicio de su facultad reglamentaria. En este sentido, el fallo dictado en el caso "Hileret", al que ya hicimos referencia, declara la inconstitucionalidad de la ley de la provincia de Tucumán que establecía cupos a la producción de azúcar para determinados ingenios, ya que si se aceptaba la reglamentación impuesta, ello podría extenderse a toda la actividad industrial, *"... y la vida económica de la Nación, con las libertades que la fomentan, quedaría confiscada en manos de Legislaturas o Congresos que usurparían, por ingeniosos reglamentos, todos los derechos individuales..."*[34].

Hasta el momento de pronunciarse en "Ercolano", la Corte no se refiere expresamente al concepto de poder de policía para justificar la potestad del estado de limitar los derechos individuales, sino a la facultad reglamentaria que se deriva de los arts. 14 y 28 de la Constitución. Esa noción, unida a la diferenciación de los dos sentidos que se le asignan, fundamentó un ensanchamiento cada vez mayor de las facultades estatales encaminadas a promocionar y resguardar los intereses económicos de la sociedad.

La consolidación de esta doctrina se pone de manifiesto en el fallo "Avico c. De la Pesa"[35], dictado en el año 1934. Al aludir a los dos criterios contrapuestos, el amplio o pleno y el criterio restringido literal, el Tribunal establece: *"De las doctrinas contrapuestas antes referidas, aceptamos la más amplia, porque ella es la que está más de acuerdo con nuestra Constitución que no ha reconocido derechos absolutos de propiedad, ni de libertad, sino limitados por las leyes reglamentarias de los mismos, en la forma y extensión que el Congreso, en uso de su atribución legislativa (arts. 14, 28 y 67 de la Constitución) lo estime conveniente, a fin de asegurar el bienestar general; cumpliendo así, por medio de la legislación, los elevados propósitos expresados en el Preámbulo"*.

Esta línea jurisprudencial se va a convertir en la base de justificación del acrecentamiento de la potestad estatal en orden a las restricciones de derechos. Así, en "Russo", caso en el cual se discutía la validez de una ley que suspendía los desalojos en el marco de una crisis, el Tribunal admite el denominado poder de policía de emergencia, como una especie de la

(34) Ver considerando 24.
(35) CSJN, Fallos: 172:21.

noción amplia y plena del poder de policía. La emergencia, entonces, va a operar como justificativo de la *mayor ingerencia del Estado en el régimen de los derechos humanos*[36].

Esta doctrina jurisprudencial, sin contenido jurídico concreto y preciso como para ser utilizado sin más como parámetro constitucional en un Estado de Derecho[37], se mantiene hasta nuestros días, dando lugar a una discrecional habilitación de la acción estatal, en nombre del bien común, del interés general o de locuciones similares.

Dada la jerarquía constitucional de varios tratados de derechos humanos, especialmente del Pacto de San José de Costa Rica, debe tenerse presente la interpretación efectuada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva 5/85[38], con relación a la pretendida finalidad de proteger la seguridad nacional, el orden público o la moral pública —art. 13.b del Pacto—.

"No escapa a la Corte... la dificultad de precisar de modo unívoco los conceptos de 'orden público' y 'bien común', *ni que ambos conceptos pueden ser usados tanto para afirmar los derechos de la persona frente al poder público, como para justificar limitaciones a esos derechos en nombre de los intereses colectivos* (la bastardilla nos pertenece). A este respecto debe subrayarse que de ninguna manera podrían invocarse el 'orden público' o el 'bien común' como medios para suprimir un derecho garantizado por la convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real (ver el art. 29.a de la Convención). Esos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las 'justas exigencias' de 'una sociedad democrática' que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención"[39].

b) Distribución del poder de policía en el territorio

Nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el pronunciamiento dictado en el caso "Plaza de Toros" en 1869[40], sostuvo "... es un

(36) CSJN, 1959/05/15, "Russo, Angel y otra c. C. de Delle Donne E.", Fallos: 243:467.

(37) CIONFRINI, ERNESTO, *La Reglamentación de los Derechos y el "Poder de Policía" en la Jurisprudencia de la Corte Suprema*, en DANIEL SABSAY, *Colección de Análisis Jurisprudencial*, La Ley, Buenos Aires, 2002, p. 274.

(38) La Opinión Consultiva 5/85 fue solicitada por el Gobierno de Costa Rica, a los fines de que interpretara los arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con relación a la colegiación obligatoria de periodistas.

(39) OC-5/85, párrs. 66 y 67.

(40) CSJN, "Plaza de Toros c. Gobierno de Buenos Aires", Fallos: 7:150.

principio de derecho constitucional que la policía de las provincias está a cargo de sus gobiernos locales, entendiéndose incluido en los poderes que se han reservado, el de proveer lo conveniente a la seguridad, salubridad y moralidad de sus vecinos...".

En el mismo sentido, en el caso "Resoagli", al enunciar el principio fundamental del derecho de las provincias a regirse por sus propias instituciones, expresa: a ella (la provincia) corresponde exclusivamente darse leyes y ordenanzas de impuestos locales, de policía, higiene, y en general, todas las que juzguen conducentes a su bienestar y prosperidad, sin mas limitación, que las enumeradas en el artículo ciento y ocho de la misma Constitución[41].

El modo como expresa el principio el Alto Tribunal denota con total claridad el enunciado de los siguientes postulados:

1º El carácter local de la autoridad que ejerce el poder de policía.

2º Dicho poder se deriva de la competencia propia de cada nivel de gobierno. Por ende, las provincias tienen incluido el poder de policía dentro de las facultades que ellas se han reservado, es decir aquellas que no han delegado en la Nación, según la fórmula que contiene el art. 121[42] de nuestra Ley Fundamental.

En la medida que el poder de policía tiene naturaleza local, los principios que acabamos de mencionar pueden trasladarse a la relación provincia municipio. Entonces, en el interior de cada provincia deberemos observar qué competencia propia le pertenece a sus municipios, lo que nos permitirá conocer, asimismo, cuales son sus facultades en materia de ejercicio del poder de policía. En consecuencia, el fallo citado nos posibilita enunciar un tercer corolario, en el sentido de que los tres niveles de gobierno son ámbito de ejercicio del poder de policía.

- *El municipio y el poder de policía*

No hay duda de que el municipio es titular del poder de policía, ya sea por atribución propia cuando es autónomo o, por atribución delegada, cuando es autárquico. Al respecto, nos parece interesante recordar que Alberdi opinaba que "... son los cabildos o municipios unos pequeños poderes económicos y administrativos, elegidos directamente por el pueblo, para ejercer la soberanía que delega constitucionalmente en ellos, en orden a dirigir y administrar, sin injerencia del poder político o

(41) CSJN, Fallos: 7:373.

(42) Ver en Capítulo V, *Relaciones entre el Estado Federal y las Provincias. Distribución de competencias.*

gobierno general de la provincia, en los citados ramos de policía, justicia, instrucción, beneficencia, caminos, población y mejoras materiales e inteligentes de todo género". La opinión del principal inspirador de nuestra Carta Magna, creemos que sirve como un inapreciable aval de la interpretación que hacemos de la cuestión.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBANESE, SUSANA, *Derecho Constitucional*, Universidad, Buenos Aires, 2004.
- ALBERDI, JUAN B., *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Capítulo XXXIII, EUDEBA, Buenos Aires, 1966.
- BIDART CAMPOS, GERMÁN, *Manual de la Constitución Reformada*, t. I, Ediar, Buenos Aires, 1996, p. 473
- BIDART CAMPOS, GERMÁN, *Tratado de Derecho Constitucional Argentino*, t. VI, Ediar, 1994.
- CIONFRINI, ERNESTO, *La Reglamentación de los Derechos y el "Poder de Policía" en la Jurisprudencia de la Corte Suprema*, en DANIEL SABSAY, *Colección de Análisis Jurisprudencial*, La Ley, Buenos Aires, 2002
- GARCÍA MINELLA, GABRIELA, *Ley General del ambiente. En busca de una interpretación de la nueva legislación ambiental*, en EDUARDO P. JIMÉNEZ (coord.), *Derecho Ambiental*, Ediar, Buenos Aires, 2004.
- GONZÁLEZ, JOAQUÍN V., *Manual de la Constitución Argentina (1853-1860)*, actualizado por HUMBERTO QUIROGA LAVIÉ, La Ley, 2001.
- SPISSO, RODOLFO, *En las antípodas del Constitucionalismo social*, ED, 1995/01/02.
- STIGLITZ, JOSEPH, *Towards a New Paradigm for Development; Srategies; Policies and Proceses*. UNCTAD, 1998.

CAPÍTULO IX

LIBERTAD Y SEGURIDAD JURÍDICA

SUMARIO: 1. Las garantías de la libertad y de la seguridad jurídica. a) Introducción. b) Principios constitucionales. Garantías del debido proceso. i) El derecho a la jurisdicción. ii) Juicio previo. iii) El principio de legalidad en materia penal. iii.1) Concepto. iii.2) Principio de irretroactividad de la ley penal. iii.3) Principio de retroactividad de la ley penal más benigna. iii.4) La delegación legislativa en materia penal. iv) Juez natural y comisiones especiales. v) Inviolabilidad de la defensa en juicio. vi) Otras garantías de jerarquía constitucional. vi.1)*Non bis in idem*. vi.2) Doble instancia. c) El modelo de enjuiciamiento diagramado por la Constitución Nacional. i) Separación entre juez y acusación. ii) Necesidad de que exista acusación. iii) Imparcialidad.— 2. La igualdad ante la ley. a) Interpretación judicial. b) El principio de no discriminación. c) Criterios discriminatorios expresamente vedados por la Constitución. d) Las acciones positivas.— 3. Libertad religiosa y de conciencia. a) La libertad de cultos. b) La libertad de conciencia. c) Relación del Estado argentino con la Iglesia Católica. i) Distintos sistemas. ii) Interpretación judicial. iii) Evolución constitucional— Bibliografía.

1. LAS GARANTÍAS DE LA LIBERTAD Y DE LA SEGURIDAD JURÍDICA

a) Introducción

Los conceptos "Constitución", "Estado de Derecho" y "Seguridad Jurídica" conforman una suerte de sistema, que lleva a la configuración de un orden que le es propio, en cuyo interior éstos se vinculan en una relación de causa y efecto. Así, es imposible pensar en la vigencia de alguno de ellos con independencia de los restantes.

El gran objetivo del constitucionalismo consiste en la limitación del poder de los gobernantes. Este movimiento que se inicia en el siglo XVIII, y culmina con la creación del Estado de Derecho, perseguía la superación del despotismo propio de la monarquía absoluta por medio de un sistema susceptible de garantizar la más plena libertad a los gobernados[1].

(1) Ver Capítulo VIII, *La Parte Dogmática de la Constitución, Constitucionalismo y derechos.*

El sistema democrático de gobierno se sustenta en una relación particular entre poder y derecho, mediante la cual se construye el Estado de Derecho. El derecho es una presencia esencial para la democracia ya que comprende a todos sus elementos, y a las relaciones que ellos suscitan de conformidad con una nota común a todos: el sometimiento al marco jurídico positivo.

El constitucionalismo ha previsto para el buen funcionamiento de la democracia una serie de requisitos que se agrupan de manera sistemática. Cuando las instituciones de un país se comportan de conformidad con la dinámica que marca dicho sistema se puede afirmar que allí se ha logrado una calidad institucional que se compadece con las pautas del Estado de Derecho.

Veremos a continuación cuáles son estos requisitos. Al respecto, cabe destacar que, desde la órbita constitucional, se ha desarrollado un capítulo específico que se deriva de su relación con el derecho penal, y que marca los límites que éste debe observar en la elaboración de los contenidos propios para no perforar el "piso constitucional".

Se trata de las "garantías constitucionales del proceso penal" que nuestra Ley Fundamental contempla en su art. 18 el que, luego de la reforma constitucional de 1994, debe complementarse con las disposiciones contenidas en tratados internacionales que poseen jerarquía constitucional, de conformidad con la nueva categoría creada por el constituyente de reforma —art. 75, inc. 22 de la Constitución—.

El marco jurídico que así se consagra es la resultante de la evolución ocurrida desde los albores del constitucionalismo hasta la actualidad. Contempla las bases del llamado derecho penal liberal con los avances que se derivan del surgimiento del derecho internacional de los derechos humanos, integrado por el sistema de convenciones y pactos dictados tanto en el ámbito universal dentro del marco de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), como en el regional, en el seno de la Organización de Estados Americanos (OEA). Nuestro país ha adherido a esta red de convenciones a partir del inicio de la transición democrática, camino que se ha visto consagrado en nuestra Constitución a partir de 1994. Por lo tanto, su incumplimiento trae aparejada la responsabilidad internacional de todo Estado parte de dichos acuerdos.

En lo relativo a nuestra disciplina, se destacan la Convención Americana de Derechos Humanos —conocida bajo el nombre de "Pacto de San José de Costa Rica"—, y el Pacto de Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos, en razón de que ellos contemplan disposiciones expresas que, como ya veremos, enriquecen a las garantías de fuente constitucional, concediéndoles mayor alcance y precisión. El campo normativo se completa con la jurisdicción interamericana que prevé la Convención,

a la que la Argentina ha adherido y que lleva a respetar no sólo sus disposiciones, sino también la jurisprudencia derivada de las decisiones de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El "acudir a un paradigma constitucional en materia penal resulta una exigencia insoslayable, ya que se encuentran en juego nada menos que los límites y condiciones del poder estatal respecto del individuo. De ese pacto social, de esas reglas de coexistencia, deben desprenderse las regulaciones punitivas, las que jamás pueden discrepar del modelo básico sobre el que se asientan y del que deriva el orden jurídico"(2).

En los últimos años, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se preocupó por dejar sentado que "La Constitución Nacional estableció como objetivo legal un proceso penal acusatorio y participación popular"(3). El análisis sistemático del articulado constitucional —arts. 18 y 75 inc. 22, Ley Fundamental; arts. XXVI Declaración Americana de Derechos, 10 y 11.1 Declaración Universal de Derechos Humanos; 8.1 de la Convención Interamericana; 14.1 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos— y de las bases filosóficas, jurídica y políticas que lo inspiraron son el sustento de dicha afirmación.

b) Principios constitucionales. Garantías del debido proceso

i) El derecho a la jurisdicción

Rosatti sostiene que en la base de la seguridad jurídica hallamos un derecho que, aun cuando nuestra Constitución formal no lo declara expresamente, ha sido reconocido por la doctrina y el derecho judicial(4). Se refiere al *derecho a la jurisdicción*. A ello agrega que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho reiteradamente que "es el derecho a recurrir ante un órgano judicial en procura de justicia"(5).

Bidart Campos manifiesta que, "en suma, todo aquel que voluntariamente, o sin su libre iniciativa interviene en un proceso, tiene derecho a la jurisdicción, también el procesado, en el juicio penal"(6). Para la juris-

---

(2) VÁZQUEZ ROSSI, JORGE E., *Derecho Procesal Penal*, t. I, Ed. Rubinzal-Culzoni, 1995, p. 225.

(3) CSJN, Fallos: 328:3399, considerando 7 —voto de la mayoría—.

(4) ROSATTI, HORACIO D., *El Derecho a la Jurisdicción antes del proceso*, 1984, citado por BIDART CAMPOS, GERMÁN en *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1989, t. I, p. 440.

(5) Ver, entre otros, "Cabrera, Washington J. E. c. Comisión Técnica Mixta de Salto Grande", Fallos: 305:2150; LA LEY, 1984-B, 206.

(6) BIDART CAMPOS, GERMÁN, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1989, t. I, p. 441.

prudencia de la Corte, el principio fundamental contenido en el derecho a la jurisdicción se formula diciendo que *"todo justiciable tiene derecho a que no se excluya compulsivamente a la intervención (por lo menos al final) de un órgano del Poder Judicial"* (7).

El derecho a la jurisdicción tiene su correlato en la obligación del Estado, quien ejerce la *jurisdicción* —potestad de juzgar—, de crear los tribunales de justicia, distribuir las competencias, y dictar las normas de procedimiento. Este imperativo rige tanto en el ámbito nacional como en el provincial y en el de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en virtud de nuestra forma federal de Estado. En este orden de razonamiento, merece destacarse el criterio formulado por de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, según el cual, la seguridad jurídica y el principio de claridad y certidumbre respecto de la jurisdicción competente imponen un mayor rigor a la hora de impedir el acceso a la justicia (8).

Las garantías del debido proceso en sentido amplio no se limitan al proceso penal, sino que se extienden a las demás jurisdicciones. Sin embargo, algunos aspectos sustanciales están referidos a los principios que sirven de base a la legislación penal, para garantizar los derechos del acusado frente a la pretensión punitiva, armonizándolos con el derecho de la sociedad a defenderse del delito.

ii) Juicio previo

La exigencia constitucional del juicio previo para que haya condena constituye, asimismo, la consagración de la *presunción de inocencia*, principio según el cual toda persona tiene el derecho a que se lo presuma inocente mientras no se declare su culpabilidad. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, al interpretar el art. 18, ha establecido que las garantías que la norma asegura y consagra en materia criminal *"consisten en la observancia de las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia dictada por los jueces naturales"* (9), elementos éstos a los que se debe sujetar la legislación a los fines de garantizar el debido proceso.

(7) BIDART CAMPOS, GERMÁN, ob. cit., t. I, p. 442.

(8) En el informe 105/99, caso 10.194, en el que se denuncia al Estado argentino, el organismo internacional concluyó en que existía incumplimiento por parte de este último de reconocer y garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva y al debido proceso garantizado por los artículos 25 y 8 respectivamente, de la Convención Americana, con motivo de habérsele negado al peticionario el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa, en virtud de la aplicación retroactiva de un criterio jurisprudencial que modificó la interpretación de la normativa legal aplicable a su caso (LA LEY, 2000-F, 595).

(9) CSJN, Fallos: 119:284, entre otros.

Corresponde agregar que el debido proceso se integra con el derecho a obtener sentencia dentro de un plazo razonable. Así lo ha entendido el Máximo Tribunal de la República en numerosos fallos, entre los cuales merece especial interés la doctrina sentada en el caso "Mattei" (10). Decía Bidart Campos, al referirse a este *leading case: "El requisito del juicio previo que la Constitución impone en el artículo 18 para toda condena, no se satisface sino con un juicio tramitado a tenor del debido proceso, que comprende el de celeridad necesaria para que la etapa final de la sentencia no se dilate más allá de los razonable"* (11).

En este sentido, el art. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos expresa: *"Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter"*.

Con respecto al principio del plazo razonable, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que es preciso tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del lapso de tiempo en el que se desarrolla un proceso: a) complejidad del asunto, b) actividad procesal del interesado y c) conducta de las autoridades judiciales.

A ello agrega que, en ciertos casos, una demora prolongada puede llegar a constituir por sí misma una violación de las garantías judiciales. Por esta razón, es el Estado quien debe exponer y probar la razón por la que se requirió más tiempo que el que en principio sería razonable para dictar sentencia definitiva en un caso particular, de conformidad con los criterios indicados (12).

iii) El principio de legalidad en materia penal

iii.1) Concepto

Nuestra Constitución Nacional en su art. 18 dispone: *"Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso"*. La garantía constitucional del juicio previo a la que nos referimos en el acápite anterior, exige que las conductas puni-

(10) CSJN, Fallos: 272:188; LA LEY, 133-414.

(11) LA LEY, 133-413.

(12) Ver, entre otros, "Canese, Ricardo c. Paraguay", 2004/08/31, párrafos 141 y ss., LA LEY, 2005-C, 36.

bles se encuentren expresa y precisamente descriptas en una norma legal. Como ya expresara Beling[13], *"no hay delito sin tipo y sin pena"*; por lo tanto, el principio de legalidad requiere como presupuesto de punición que exista una ley anterior al hecho previendo una sanción.

Al analizar el art. 18 CN, vemos que el sentido de la norma es que ha de existir una ley dictada por el Congreso Federal *antes* del hecho. Cabe destacar que en materia penal la competencia legislativa es exclusiva de la Nación y prohibida a las provincias (art. 75, inc. 12 CN).

Esta ley debe:

a) Hacer la descripción del *tipo* delictivo; o tipo legal concreto, es decir, definir el ilícito penal, y por eso el delito es la acción típicamente antijurídica y culpable.

b) Contener la *pena* o sanción retributiva.

Bidart Campos[14] expresa que *"La afirmación de que no hay delito ni pena sin ley*[15] quiere decir que nadie puede ser condenado sin ley incriminatoria que cree el tipo delictivo y que adjudique la pena consiguiente. Si hay descripción del delito pero no hay pena atribuida legalmente, no puede haber condena; los delitos que carecen de pena no fundan constitucionalmente la sanción legal". En este mismo orden de ideas, lo mismo sucederá cuando se encuentre ausente el tipo penal.

De esta manera, concluimos que la potestad represiva del Estado queda exclusivamente en manos del Poder Legislativo. Por ello, la configuración de delitos y la elección de las penas constituyen facultades indelegables, tal como lo ha ratificado la Corte Suprema en el caso "Mouviel", donde se declaró la inconstitucionalidad de los edictos policiales[16]. En este sentido, Creus[17] indica que la extensión del principio de legalidad, en cuanto se trata de un postulado superior del orden constitucional, abarca todas las manifestaciones del derecho penal común, como las del derecho penal especial y contravencional (provincial o municipal). El principio de legalidad importa limitar, dentro del Estado, las fuentes de producción del derecho.

(13) BELING, ERNST, *La teoría del delito*, citado por CREUS, CARLOS en *Síntesis de Derecho Penal*, Zeus Editora, Rosario, 1974, p. 12.

(14) BIDART CAMPOS, GERMÁN, ob. cit., t. I, p. 443.

(15) *Nullum crimen nulla poena sine lege.*

(16) CSJN, Fallos: 237:636.

(17) CREUS, CARLOS, *Sinopsis de Derecho Penal, Parte General*, Zeus Editora, Rosario 1974, p. 13.

iii.2) Principio de irretroactividad de la ley penal

Las normas penales no pueden ser aplicadas retroactivamente por imperio del art. 18 de la Constitución. En este sentido la CS ha dicho que *"...en el derecho penal reviste singular trascendencia la regla cardinal de irretroactividad de la ley (tempus regit actum), emanación del principio de legalidad contenido en el art. 18 de la Constitución Nacional, el cual se expresa en el principio nullum crimen nulla poena sine lege, según el cual el juez penal debe aplicar la ley que se hallaba vigente al tiempo de producirse la conducta delictiva"* [18]. Además, el Alto Tribunal ha establecido que *"la no retroactividad de la ley, si bien es un principio de mero precepto legislativo, adquiere carácter constitucional cuando la aplicación de la nueva ley priva a un habitante de la Nación de algún derecho incorporado a su patrimonio, en cuyo caso aquel principio se confunde con la garantía relativa a la inviolabilidad de la propiedad, ya que esta palabra comprende todos los intereses apreciables que un hombre pueda poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad"* [19].

iii.3) Principio de retroactividad de la ley penal más benigna

La garantía de la ley previa prohíbe la aplicación de una penalidad más severa, pero, no así cuando la ley favorece al imputado, aun en el caso de que este último esté cumpliendo condena. A partir de la reforma constitucional de 1994, el principio de retroactividad de la ley penal más benigna tiene jerarquía constitucional. Tanto el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su art. 15 establecen que *"Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello"*. Por ello, en virtud de la supremacía constitucional que surge del art 31 CN, las leyes emanadas del Congreso no pueden alterarlo.

Tradicionalmente, sólo constituía un postulado de rango legal, contenido en el art. 2º del Código Penal, el cual establece: *"Si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio se aplicará siempre la más benigna"*. Su alcance, en consecuencia, se ha visto sustancialmente modificado, tal como lo ha sostenido el doctor Petracchi: *"el principio de ley penal más benigna siempre fue considerado un principio disponible por el legislador común, cuya ausencia no generaba per se un agravio constitucional (...) El reconoci-*

(18) CSJN, Fallos: 323:3426.

(19) CSJN, 1929/09/06, "Sara Doncel de Cook c. Provincia de San Juan", Fallos: 155:290.

miento de tal principio en los arts. 9, in fine, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 15, ap. 1, in fine, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos obliga a mudar de punto de partida" (20). Así la reforma constitucional de 1994 ha desterrado el principio de ultra actividad de las leyes penales especiales.

iii.4) La delegación legislativa en materia penal (21)

Merece una especial consideración la problemática de la delegación legislativa en materia penal. Se trata de una cuestión no delegable ya que ello es violatorio de los arts. 76 y 99 inc. 3 de la Constitución, los que son concordantes y por ende deben ser interpretados de manera conjunta. Haremos un análisis de ambas normas para aclarar la cuestión.

El art. 76 establece que *"Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca..."*. Por su parte, el inc. 3 del art. 99 prohíbe de manera terminante al Poder Ejecutivo, bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo. En el segundo párrafo de este inciso se regula el dictado de los llamados decretos de necesidad y urgencia, respecto de los cuales se excluye expresamente la materia penal, entre otras.

Así las cosas, vemos que las cuestiones penales no podrían ser objeto de delegación legislativa, pues, ellas no constituyen materia alguna de administración o emergencia, tal las excepciones del art. 76. De igual forma, han sido excluidas de los decretos de necesidad y urgencia que, bajo ciertas circunstancias, puede dictar el Poder Ejecutivo. Ello nos permite afirmar que la voluntad del constituyente —y del mismo texto de nuestra Constitución Nacional— se dirige a reservar en todos los casos para el Congreso Nacional el dictado de normativa penal. Creemos que esta interpretación refuerza y profundiza un estado de derecho democrático, que debe ser previsible y protector de los derechos y garantías de los ciudadanos.

iv) Juez natural y comisiones especiales

Señala la Constitución que ningún habitante *"puede ser juzgado por comisiones especiales, o sacados de los jueces designados por la ley antes*

(20) CSJN, Fallos: 321:824, considerando 6.

(21) Ver *Delegación legislativa* en el Capítulo XV.

del hecho de la causa". Se denomina a esta garantía como la de los jueces naturales o de los jueces propios. Con ella, se tiende a asegurar la imparcialidad en el juzgamiento. La garantía no se refiere a la persona física del juzgador, sino al derecho del justiciable a no ser sacado de la jurisdicción prevista por la ley antes de la comisión del hecho. No olvidemos que en el ideario del constitucionalismo clásico, la máxima aspiración fue, precisamente, la de contener al poder dentro de los límites impuestos por la ley, con el fin de proteger a los individuos de las persecuciones políticas, así como de proporcionarle instrumentos para garantizar el efectivo ejercicio de los derechos personales.

La creación de comisiones especiales para juzgar es una forma de sacar a la persona de sus jueces naturales. Desde que la Constitución existe —señala Joaquín V. González—, no pueden emplearse otros modos de juzgar que los que ella misma ha establecido, ya expresamente, ya autorizando al Congreso para crearlos. Pero esta facultad no puede ir hasta dar potestad para juzgar a personas o autoridades, o tribunales que no tengan su origen en la fuente de los poderes creados, o que no se deriven de la soberanía del pueblo en la forma establecida (22). Nuestro autor expresa como conclusión que: *"Por regla general, caen bajo de esta prohibición todos los casos en que, por error o abuso, se atribuya poder para juzgar a individuos no investidos por la ley con la jurisdicción para tal género o especie de delitos, y en los que los jueces mismos se atribuyen facultad para entender y decidir en causas no sujetas a su autoridad"*.

La garantía del juez natural se integra con la prescripción del art. 109 de la Constitución que le prohíbe expresamente al presidente ejercer funciones judiciales. La prohibición de las comisiones especiales es, a su vez, una manifestación del principio de igualdad ante la jurisdicción, regulado en el art. 18. En el caso "Videla" (23), la Corte Suprema interpretó esta garantía constitucional, al conocer en el recurso interpuesto por el ex dictador contra el pronunciamiento de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, en cuanto resolvió asumir el conocimiento del proceso seguido por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas, con sustento en el art. 10 de la ley 23.049, cuya inconstitucionalidad invocó el procesado. El Máximo Tribunal, al confirmar la resolución de la Cámara, estableció varias reglas a propósito de la garantía de los jueces propios y de la prohibición de crear comisiones especiales, que se señalamos a continuación:

- La cláusula del art. 18 de la Constitución, que establece que ningún habitante de la Nación puede ser sacado de los jueces desig-

(22) GONZÁLEZ, JOAQUÍN V., *Manual de la Constitución Argentina*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2001, p. 158.

(23) Ver CSJN, Fallos: 306:2101, LA LEY, 1985-A, 360.

nados por la ley antes del hecho de la causa no impide la inmediata aplicación de nuevas normas generales de competencia, inclusive a las causas pendientes (principio de la *perpetuatio jurisdictionis*), excepto que ello signifique despojar de efecto a actos procesales válidamente cumplidos.

- Las leyes modificatorias de la jurisdicción y competencia, aun en casos de silencio de ellas, se aplican de inmediato a las causas pendientes. Ello es así, porque la facultad de cambiar las leyes procesales es un derecho que pertenece a la soberanía, y no existe derecho adquirido a ser juzgado por un determinado procedimiento pues las leyes sobre procedimiento y jurisdicción son de orden público, especialmente cuando estatuyen acerca de la manera de descubrir y perseguir los delitos.

- La prohibición de las comisiones especiales y de los tribunales extraordinarios tiene, entre sus varios significados, el de evitar discriminaciones que importen establecer —en obsequio a apreciaciones circunstanciales de cualquier índole— disminuciones que signifiquen una discriminación de las garantías procesales acordadas a quienes se encuentren en las mismas condiciones.

- Las preocupaciones fundamentales que llevaron a proclamar el principio de los jueces naturales, tanto en Europa como en América revolucionarias, estuvieron dominadas por el convencimiento acerca de la necesidad de excluir de la administración de justicia los privilegios y desigualdades del antiguo régimen, de hacer que el curso de la justicia se rigiese sólo por leyes generales, inalterables, si no era por otras de igual naturaleza, lo cual tuvo por corolario principal prohibir la intromisión del ejecutivo, por sí, o mediante la designación de comisionados especiales en el curso ordinario de los procedimientos (arts. 18 y 95 —actual 109— CN).

v) Inviolabilidad de la defensa en juicio

El derecho de defensa es una prerrogativa de toda persona, que no se circunscribe al ámbito penal, sino que se extiende a toda controversia en que el individuo deba defender sus derechos de cualquier índole. La inviolabilidad de la defensa en juicio es la garantía de ese derecho fundamental, consagrada en el art. 18 de la Constitución.

Las normas de procedimiento deben asegurar el derecho de defensa, puesto que el justiciable debe sujetarse a ellas a los fines de que el proceso se desarrolle de manera regular. Como correlato, la reglamentación de su ejercicio no debe constituirse en obstáculo para que el derecho pueda ser ejercido de manera efectiva.

En materia criminal, los recaudos que garanticen el ejercicio pleno del derecho deben extremarse, por cuanto se encuentran en juego los derechos esenciales de la libertad y del honor de las personas[24]. En el texto de la Constitución, la garantía se integra con el derecho a la no autoincriminación, con la inmunidad de arresto[25], y con la prohibición de tormentos.

El art. 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece otras garantías que tienden a asegurar el derecho de defensa. Entre ellas, el derecho a ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, si el inculpado no opta por defenderse por sí mismo o no nombra defensor.

La Corte Suprema ha considerado desde sus orígenes a la asistencia letrada como recaudo insoslayable para el ejercicio efectivo del derecho de defensa[26]. En el caso "Cano", en el que hace remisión a sus numerosos precedentes sobre el requisito del asesoramiento profesional y el alcance que debe otorgarse a la posibilidad de la autodefensa, el Alto Tribunal sostuvo que *"es deber del Estado proveer de la asistencia profesional mínima para que el juicio a que se refiere el artículo 18 de la Constitución se desarrolle en paridad de condiciones respecto de quien ejerce la acción pública y quien debe soportar la imputación"*. Y agrega: *"El objeto de la defensa es la tutela de la libertad y de los derechos individuales, y su ejercicio se refiere tanto a la defensa material, en cabeza del propio imputado, como a la defensa técnica, a cargo de quien se encuentra habilitado legalmente para ello; de allí se deriva que la posibilidad de autodefenderse sólo puede tener lugar cuando el juez reconozca en el imputado la aptitud que le permita hacer valer eficazmente sus derechos en el juicio"*[27].

vi) Otras garantías de jerarquía constitucional

vi.1) Non bis in idem

La garantía contra el doble juzgamiento, denominada del *non bis in idem*, ha sido consagrada por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 8.4) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14.7), ambos de jerarquía constitucional.

---

(24) Ver CSJN, Fallos: 325:157.

(25) Ver Capítulo XI, *Habeas corpus*.

(26) En un caso llegado a los estrados de la Corte Suprema en el año 1868, ésta abrió su jurisdicción con el fin de *"reparar los efectos de una condenación injusta, de que no se apeló por ignorancia de los acusados o por descuido del defensor"* (CSJN, Fallos: 5:459).

(27) Ver CSJN, "Antonio Cano", Fallos: 325:157, La Ley Online.

Si bien esta garantía no estaba contenida explícitamente en la Ley Fundamental, su jerarquía constitucional había sido reconocida expresamente por la jurisprudencia de la Corte Suprema, aún antes de la reforma de 1994. Al respecto, el Alto Tribunal declaró en uno de sus precedentes que el recurso extraordinario resultaba admisible cuando se encontrara comprometido el *non bis in idem*, ya que ese derecho federal *"sólo es susceptible de tutela inmediata porque la garantía no veda únicamente la aplicación de una nueva sanción por un hecho anteriormente penado, sino también la exposición a un riesgo de que ello ocurra mediante un nuevo sometimiento a juicio de quien ya lo ha sufrido por el mismo hecho"* (28).

vi.2) Doble instancia

La garantía de la doble instancia en el proceso penal, establecida en el art. 8º, inc. 2º, ap. H del Pacto de San José de Costa Rica, y el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adquiere rango constitucional a partir de la reforma de la Ley Fundamental de 1994. En el caso "Giroldi" (29), la Corte Suprema se pronunció sobre la exigencia de la doble instancia, declarando la inconstitucionalidad del art. 459, inc. 2º del Código Procesal Penal de la Nación, en cuanto vedaba la admisibilidad del recurso de casación contra las sentencias de los tribunales en lo criminal en razón del monto de la pena.

En este precedente se sentaron las bases sobre la necesidad del establecimiento de tribunales intermedios "creados para cimentar las condiciones necesarias para que el Tribunal satisfaga el alto ministerio que le ha sido confiado sea porque ante ellos pueden encontrar las partes la reparación de los perjuicios irrogados en instancias anteriores, sin necesidad de recurrir ante la Corte Suprema, sea porque el objeto a revisar por ésta ya sería un producto seguramente más elaborado" (30).

Las pautas establecidas en "Giroldi" fueron afianzadas en fallos posteriores, para asegurar la vigencia plena de la doble instancia, en las distintas jurisdicciones en que se desarrolle el enjuiciamiento penal. Así, el Alto Tribunal establece que, siempre que se invoquen agravios de naturaleza federal, el tribunal intermedio para las justicias provinciales es la corte provincial o el superior tribunal local —independientemente del recurso con el que se acceda a ellos—, y en el ámbito de la justicia penal nacional, la Cámara Nacional de Casación Penal (31). En consecuencia, previo al ingreso a la Corte, esos agravios deben ser tratados en las referidas instancias, aún antes de la sentencia definitiva (32).

(28) Ver CSJN, 1986/02/11, "Plaza, Oscar J.", y sus citas, Fallos: 308:84, La Ley Online.

(29) CSJN, Fallos: 318:514.

(30) Del fallo "Giroldi", citado por la Corte Suprema en "Di Nunzio, Beatriz H.", 2005/05/03, LA LEY, 2005-F, 148. Allí afirmó que siempre que se invoquen agravios de naturaleza federal que habiliten la competencia de la Corte, por vía extraordinaria, en el ámbito de la justicia penal nacional conforme el ordenamiento procesal vigente, estos deben ser tratados previamente por la Cámara Nacional de Casación Penal, en su carácter de tribunal intermedio.

Ahora bien, la garantía de la doble instancia no se agota con el derecho a recurrir el fallo, sino que esta posibilidad debe ser accesible, sin requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho. Además dicho recurso debe garantizar un examen integral de la decisión recurrida. Así lo ha interpretado la Corte Interamericana de Derechos Humanos al dictar sentencia en el caso "Herrera Ulloa" (33), donde define el alcance de la garantía —prevista en el art. 8.2 de la Convención Americana—, estableciendo el carácter amplio de la revisión del pronunciamiento dictado por el tribunal inferior.

En línea con esta pauta interpretativa, nuestra Corte Federal declaró en el caso "Casal" que, conforme el art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación, entendido exegéticamente y en armonía con los arts. 8.2.h de la Convención Americana y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, resulta aplicable en nuestro derecho la teoría del agotamiento de la capacidad de revisión o de la capacidad de rendimiento, y con ello se abandona definitivamente la limitación del recurso de casación a las llamadas cuestiones de derecho (34).

c) El modelo de enjuiciamiento diagramado por la Constitución Nacional

El enjuiciamiento criminal, para ser válido, debe respetar reglas mínimas de acuerdo a una serie de principios garantizados constitucionalmente. En tal sentido el constituyente de 1853, fiel al pensamiento liberal, estableció una serie de garantías para tutelar al ciudadano frente al arbitrio punitivo. Inspirados en la tipología que hace Angela Ledesma (35), resumimos:

(31) Ver "Durán Sáenz, Pedro", 2005/12/20, Fallos: 328:4551; LA LEY, 2006-A, 576.

(32) Ver "Di Nunzio, Beatriz H.", 2005/05/03, LA LEY, 2005-F, 148.

(33) Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Herrera Ulloa, Mauricio c. Costa Rica", 2004/07/02, LA LEY, 2005-B, 497.

(34) Ver "Casal, Matías E. y otro", 2005/09/20, Fallos: 328:3399, considerando 26.

(35) LEDESMA, ANGELA ESTER, *Garantías Constitucionales del Proceso Penal. Nuevos estándares del proceso a la luz de las garantías*, en: SABSAY, D. y MANILI P., *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, t. I, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2009, ps. 767/815.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que *"La Constitución Nacional estableció como objetivo legal un proceso penal acusatorio y con participación popular"* (36).

El modelo de enjuiciamiento penal diagramado por nuestra Ley Fundamental se corresponde con el denominado *acusatorio* y esto se desprende del análisis sistemático del articulado constitucional —arts. 18 y 75 inc. 22 CN; arts. XXVI Declaración Americana de Derechos, 10 y 11.1 Declaración Universal de Derechos Humanos, 8.1 Convención Americana de Derechos Humanos, 14.1 Pacto de Derechos civiles y Políticos— juntamente con las bases filosóficas, jurídicas y políticas que la inspiraron. De acuerdo a ello, la función de perseguir y acusar debe ser diferente e independiente de la función de juzgar y punir y, por lo tanto, debe estar en cabeza de sujetos distintos.

El principio acusatorio implica tres cuestiones:

1. No hay proceso sin acusación y esta debe ser formulada por persona ajena al tribunal sentenciador.

2. No puede condenarse por hechos distintos de los acusados ni a persona distinta de la acusada.

3. No pueden atribuirse al juzgador poderes de dirección material del proceso que cuestionen su imparcialidad (37).

Como corolario, tanto el *"sistema de enjuiciamiento acusatorio"* como el *"principio acusatorio"* requieren el cumplimiento de funciones distintas de parte de los órganos que tienen a su cargo la función jurisdiccional y los que realizan la acusación.

A continuación, nos referimos brevemente a cada una de estas tres cuestiones y a su tratamiento por nuestro Supremo Tribunal.

i) Separación entre juez y acusación

La Corte, a fines de 2004, se refirió en el caso "Quiroga" a la necesidad de que existiera una separación en las funciones de acusar y juzgar. Allí afirmó, con cita de Ferrajoli, que *"la separación de juez y acusación es el más importante de todos los elementos constitutivos del modelo teórico acusatorio, como presupuesto estructural y lógico de todos los demás..."* (38). Continúa diciendo, que *"La garantía de la separación, así entendida, representa, por una parte, una condición esencial de la imparcialidad (terzieta) del juez respecto a las partes de la causa, que es la primera de las garantías orgánicas que definen la figura del juez; por otra, un prepuesto de la carga de la imputación de la prueba, que pesa sobre la acusación"* (39).

(36) Fallos: 328:3399, considerando 7, voto de la mayoría.

(37) MONTERO A ROCA, JUAN, *Ultimas reformas procesales en la legislación nacional y extranjera en el proceso penal: principio acusatorio*, VIII Encuentro Panamericano de Derecho Procesal, AAVV, Córdoba, Argentina, 1992.

ii) Necesidad de que exista acusación

También nuestra Corte se refirió a esta cuestión y la vinculó con la inviolabilidad del derecho de defensa en juicio. Así, afirmó que *"para que haya juicio es necesario que exista acusación, defensa, prueba y sentencia"* (40), criterio que fue sostenido en sucesivos fallos (41).

Asimismo, en el fallo "Quiroga" ya referido, refuerza la importancia de la acusación diciendo *"Que la exigencia de 'acusación', si es que ha de salvaguardar la defensa en juicio y la imparcialidad como condiciones del debido proceso, presupone que dicho acto provenga de un tercero diferente de quien ha de juzgar acerca de su viabilidad, sin que tal principio pueda quedar limitado a la etapa del 'debate'..., sino que su vigencia debe extenderse a la etapa previa, de discusión acerca de la necesidad de su realización"* (42).

Siguiendo a Vázquez Rossi, coincidimos que el sistema acusatorio "se distingue por la neta diferenciación de la función requirente respecto de la decisoria; igualmente, porque la interposición y contenido de la acción es la que determina el ámbito de la jurisdicción, la que carece de iniciativa y no puede actuar de oficio. Acusador y acusado se encuentran situados en un mismo pie de igualdad enfrentados a través de un contradictorio en cuyo transcurso aportaran sus postulaciones, frente a un tribunal que se sitúa como un tercero imparcial e imperativo y que expresará su decisión conforme al convencimiento alcanzado en las deliberaciones" (43).

iii) Imparcialidad

La garantía de imparcialidad es importante en todas las etapas del proceso, en tanto asegura la regularidad constitucional del juicio. En-

(38) CSJN, Fallos: 327:5863, considerando 15 —voto de la mayoría—.

(39) Idem.

(40) CSJN, Fallos: 125:10; 127:36; 189:34; 308:1557; 325:2019; 320:1891, citados en Fallos: 327:5863, "Quiroga", considerando 16 —voto de la mayoría—.

(41) Ver "Tarifeño", Fallos: 325:2019.

(42) CSJN, Fallos: 327:5863, considerando 17 —voto de la mayoría—.

(43) VÁZQUEZ ROSSI, JORGE E., *Derecho...*, t. I, ob. cit., p. 190.

tendemos que el debate entre las partes en paridad de condiciones debe realizarse frente a un tercero imparcial, y afirmamos siguiendo a Carrara que "el método en el procedimiento penal es el verdadero guardián de las libertades ciudadanas" (44).

En el precedente "Llerena" (45), la Corte Suprema determinó el alcance de la garantía de la imparcialidad, a la que definió como *"uno de los pilares en que se apoya nuestro sistema de enjuiciamiento, ya que es una manifestación directa del principio acusatorio y de las garantías de defensa en juicio y debido proceso, en su vinculación con las pautas de organización judicial del Estado"* (46). En ese contexto, el Máximo Tribunal diferencia la faz subjetiva de la garantía, que *involucra directamente actitudes o intereses particulares del juzgador con el resultado del pleito*, del enfoque objetivo desde el cual se debe entender el comportamiento del juez o tribunal (47).

Con relación a este punto, la Corte marca dos nuevos estándares a los fines de interpretar el concepto de imparcialidad, *temor de parcialidad e imparcialidad objetiva*. La labor que el magistrado realiza en el proceso, entendida como sucesión de actos procesales celebrados previo al dictado de la sentencia, está íntimamente vinculada con el temor de parcialidad, pero este concepto debe diferenciarse de los reproches personales o individuales contra la persona concreta del juez.

"... podría decirse que para determinar el temor de parcialidad no se requiere una evaluación de los motivos que impulsaron al juez a dictar dichos actos procesales, ni sus fundamentos en el caso individual. Basta con que se hayan dictado estos actos —pues marcan una tendencia de avance del proceso contra el imputado— para que quede configurado este temor" (48). En este sentido, la organización judicial regula la labor de los distintos sujetos del órgano jurisdiccional en un mismo proceso para asegurar la objetividad y disipar toda duda que pueda generar la intervención de un mismo juez en diferentes etapas del proceso.

A su vez, la denominada imparcialidad objetiva *"...se vincula con el hecho de que el juzgador muestre garantías suficientes tendientes a evitar cualquier duda razonable que pueda conducir a presumir su parcialidad frente al caso. Si de alguna manera puede presumirse por razones legítimas que el juez genere dudas acerca de su imparcialidad frente al tema a decidir, debe ser apartado de su tratamiento, para preservar la confianza de los ciudadanos... en la administración de justicia, que constituye un pilar del sistema democrático"* (49).

(44) CARRARA, FRANCISCO, *Tratado*, t. II, Ed. Depalma, 1977, p. 270.
(45) CSJN, Fallos: 328:1491, LA LEY, 2006-D, 442.
(46) Id., considerando 9º del voto de la mayoría.
(47) Id., considerando 10 del voto de la mayoría.
(48) Id., considerando 12 del voto de la mayoría.

Al pronunciarse en el caso "Herrera Ulloa" (50) sobre el derecho del inculpado a recurrir del fallo de condena, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que *"se debe garantizar que el juez o tribunal en el ejercicio de su función como juzgador cuente con la mayor objetividad para enfrentar el juicio. Esto permite, a su vez, que los tribunales inspiren la confianza necesaria a las partes en el caso, así como a los ciudadanos en una sociedad democrática"* (51).

2. LA IGUALDAD ANTE LA LEY

La Constitución Nacional consagra el principio de la igualdad ante la ley en su art. 16, que dice: *"La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas"*.

La fórmula constitucional enuncia el principio de la igualdad formal, que reconoce su fuente en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Este primigenio catálogo de las libertades fundamentales parte de la premisa según la cual *"Los hombres nacen libres e iguales en derechos"* (art. 1º). En consecuencia de esta afirmación, expresa en su art. 6º: *"(la ley) debe ser la misma para todos, sea que proteja o sea que castigue. Todos los ciudadanos, siendo iguales a sus ojos, son igualmente admisibles a todas las dignidades, cargos y empleos públicos, según su capacidad y sin otra distinción que sus virtudes y talentos"*.

De acuerdo con el pensamiento revolucionario de fines del siglo XVIII, que inspira al constituyente de 1853, la declaración de inexistencia de privilegios originados en el nacimiento, sumado al postulado del imperio de la ley, bastaban *per se* para garantizar la igualdad de todos los hombres en el nuevo régimen político. En la Constitución originaria, la garantía de la igualdad formal de todos los habitantes de la Nación ante la ley tuvo su aplicación material mediante el precepto contenido en el art. 20 que, con el claro propósito de favorecer la inmigración europea, reconoce a los extranjeros iguales derechos civiles que a los ciudadanos argentinos.

(49) Id., considerando 13 del voto de la mayoría.
(50) Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Herrera Ulloa, Mauricio c. Costa Rica", 2004/07/02, LA LEY, 2005-B, 497.
(51) Ver considerando 171.

a) Interpretación judicial

La Corte Suprema, desde sus orígenes, interpretó la igualdad jurídica como *el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a los unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias*[52]. Esta pauta hermenéutica se complementa con el criterio según el cual, la garantía de la igualdad no es óbice para que *el legislador contemple en forma distinta situaciones que considera diferentes, con tal que la discriminación no sea arbitraria ni importe ilegítima persecución o indebido privilegio de personas o de grupos de personas, aunque su fundamento sea opinable*[53]. Este segundo criterio obliga a precisar, aunque sin sustituir al legislador, la posible existencia de arbitrariedad en la elección del medio empleado para la finalidad perseguida.

Para comprender bien el alcance de esta garantía, resulta esclarecedor el extracto de los principios que surgen de la jurisprudencia del alto tribunal elaborado por Bidart Campos[54]. Este autor considera que:

"a) la igualdad exige que se trate del mismo modo a quienes se encuentran en iguales situaciones;

b) por eso, implica el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias;

c) la regla de la igualdad no es absoluta, ni obliga al legislador a cerrar los ojos ante la diversidad de circunstancias, condiciones o diferencias que pueden presentarse a su consideración; lo que aquella regla estatuye es la obligación de igualar a todas las personas afectadas por una medida, dentro de la categoría, grupo o clasificación que les corresponda, evitando distinciones arbitrarias u hostiles;

d) la ***razonabilidad*** *es la pauta para ponderar la medida de la igualdad, con lo que queda entendido que el legislador puede crear categorías, grupos o clasificaciones que irroguen trato diferente entre los habitantes, a condición de que el criterio empleado para discriminar sea 'razonable';*

e) las únicas desigualdades inconstitucionales son las arbitrarias, y por arbitrarias han de estimarse las que carecen de toda razonabilidad, las persecutorias, las hostiles, las que deparan indebidos favores, etc.".

---

(52) Ver, entre otros, "Redondo de Negri", Fallos: 328:3985 y sus citas.

(53) Ver, entre otros, "Gutiérrez, Oscar", Fallos: 329:1092.

(54) BIDART CAMPOS, GERMÁN, *Manual de la Constitución Reformada*, t. I, Ed. Ediar, 1998, p. 532 y ss.

Pero, el principio de igualdad ante la ley no se agota en una directiva al Congreso para que legisle de igual manera a quienes se encuentran en una misma situación, sino que éste abarca a todos los poderes del Estado.

En efecto, siguiendo a Bidart Campos tenemos que:

"La Constitución habla en su art. 16 de ***igualdad*** *'ante la ley'. La norma hace recaer en el* ***legislador*** *una prohibición: la de tratar a los hombres en modo desigual... Pero si estancamos aquí el sentido de la igualdad, pecamos por insuficiencia; por eso propiciamos lo que llamamos* ***igualdad jurídica****, con alcance integral y de la siguiente manera:*

a) igualdad ***ante el Estado****; a') ante la ley; a") ante la administración; a"') ante la jurisdicción;*

b) igualdad ***ante y entre particulares****: en la medida de lo posible y lo justo.*

La igualdad permite por eso hablar, extensivamente, de la igualdad ***ante la administración****. Cuando los órganos del poder ejercen función administrativa, deben manejarse con la misma regla de no dar a unos los se niega a otros en igualdad de circunstancias, o viceversa; y de evitar las discriminaciones arbitrarias"*[55].

b) El principio de no discriminación

En la Constitución histórica, el principio de no discriminación tenía el alcance establecido en el art. 16 que —como ya dijimos— se limita a vedar las diferencias de trato motivadas en la sangre o en el nacimiento y a declarar la inexistencia de los fueros personales y títulos de nobleza, en consonancia con el art. 15, que prohíbe la esclavitud, y el art. 19, que consagra el principio de reserva de la ley para las acciones de todos los habitantes de la Nación, sin diferenciación alguna.

Con el advenimiento del constitucionalismo social[56], el principio de no discriminación se ve fortalecido con el reconocimiento constitucional de los derechos del trabajador a través de la incorporación del art. 14 bis, imponiéndole al Estado la obligación de garantizar el derecho al trabajo en sus diversos aspectos, tales como asegurar condiciones de labor dignas y equitativas; retribución justa; igual remuneración por igual tarea; protección contra el despido arbitrario; y la organización sindical libre y democrática, entre otros.

---

(55) Ob. cit., p. 536.

(56) Ver Capítulo IX, *La parte dogmática de la Constitución.*

Pero, es con la reforma de 1994 que este principio adquiere una renovada vigencia, a través del otorgamiento de jerarquía constitucional a diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos. A título de ejemplo, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, al consagrar la igualdad ante la ley —art. II—, prohíbe hacer distinciones motivadas en la raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna; por su parte, la Convención Americana, en su art. 1º, obliga a los Estados Parte a no establecer discriminaciones por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

A su vez, diversas cláusulas constitucionales se refieren específicamente al principio de no discriminación. Entre otros, el art. 75, inc. 2º, al establecer las pautas para la distribución de fondos coparticipables, hace referencia expresa a la igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional; el art. 43 consagra la acción de amparo para cualquier acto de discriminación; y, el art. 75 en sus incs. 17, 19, y 23 establece las denominadas acciones positivas, a las que nos referiremos más adelante.

Sin lugar a dudas, la reforma constitucional de 1994 establece un nuevo paradigma de protección, que se inscribe en el contexto del derecho internacional de los derechos humanos, que lleva a estos a una vigencia común por la vía de la celebración de tratados y de la creación de jurisdicciones supranacionales encargadas de su aplicación. El otorgamiento de jerarquía constitucional a varias de tales convenciones e instrumentos internacionales, así como la aceptación de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, hacen necesario detenernos en la interpretación que ese tribunal ha efectuado sobre la igualdad.

En la Opinión Consultiva 18[57], la Corte expresa la dificultad de desligar el elemento igualdad de la no discriminación, refiriéndose a ambas *nociones como constitutivas del principio de la protección igualitaria y efectiva de la ley y de la no discriminación.* Este principio, al estar consagrado en muchos instrumentos internacionales, revela la existencia de un deber universal de respetar y garantizar los derechos humanos, emanado de ese principio general y básico.

En línea con ese razonamiento, el Tribunal concluye en que, en la etapa actual de la evolución del derecho internacional, *el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del jus cogens, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional* y es un principio fundamental que atraviesa todo ordenamiento jurídico.

(57) Ver Opinión Consultiva OC-18/03, 2003/09/17, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos —83 y ss.—; LA LEY, 2004-B, 456.

A partir de esta conclusión, se establecen las obligaciones de los Estados que derivan del deber general de respetar y garantizar los derechos humanos, sin discriminación alguna y sobre la base de la igualdad. Esas obligaciones son de índole negativa y positiva. Por una parte, deben abstenerse de realizar acciones que se dirijan, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación *de jure* o *de facto*. Esto se traduce, por ejemplo, en la prohibición de emitir leyes, en sentido amplio, de dictar disposiciones civiles, administrativas o de cualquier otro carácter, así como de favorecer actuaciones y prácticas de sus funcionarios, en aplicación o interpretación de la ley, que discriminen a determinado grupo de personas en razón de su raza, género, color, u otras causales.

Por otro lado, los Estados están obligados a adoptar medidas tendientes a revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado tiene a su cargo frente a actuaciones y prácticas de terceros que den lugar a situaciones discriminatorias. Las obligaciones enunciadas determinan que los Estados sólo están facultados para establecer distinciones objetivas y razonables, orientadas al debido respeto a los derechos humanos. A su vez, la aplicación de la norma debe hacerse del modo que mejor proteja a la persona humana.

c) Criterios discriminatorios expresamente vedados por la Constitución

Existen determinados criterios discriminatorios que exigen un control de razonabilidad más intenso de los fundamentos tenidos en cuenta por el legislador para establecer una categoría legal[58]. Nuestra Constitución histórica consagró en su art. 20 —como ya dijimos— un criterio de igualdad material, al reconocer a los extranjeros el goce de todos los derechos civiles reconocidos a los ciudadanos. De este reconocimiento expreso, deriva una presunción de inconstitucionalidad ante cualquier distinción efectuada por el legislador con base en la nacionalidad, que invierte la carga de la prueba, debiendo el Estado justificar con razones suficientes el diferente trato.

En oportunidad de pronunciarse en el caso "Repetto", la Corte Suprema sostuvo que *"dentro de la República los extranjeros están totalmente*

(58) La jurisprudencia de los Estados Unidos de Norteamérica los ha denominado "categorías sospechosas". Ver GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*, 2ª ed., Buenos Aires, Ed. La Ley, 2004, ps. 136 y ss.

equiparados a los argentinos por expresa prescripción constitucional, de donde toda norma que establezca discriminaciones entre aquéllos y éstos en tales aspectos, estaría en pugna con esa prescripción constitucional". A su vez, merece destacarse la conclusión a la que arriba el voto concurrente de los doctores Petracchi y Bacqué, según la cual, "*ante los categóricos términos del art. 20 de la Constitución Nacional, toda distinción efectuada entre nacionales y extranjeros, en lo que respecta al goce de los derechos reconocidos en la Ley Fundamental, se halla afectada por una presunción de inconstitucionalidad*". En virtud de esta presunción, quien sostenga la legitimidad de la distinción debe acreditar la existencia de un "interés estatal urgente" para su justificación, no siendo suficiente a tal efecto, que la medida adoptada sea "razonable"(59).

Este criterio de ponderación más severo es el que adopta el Tribunal en sus actuales pronunciamientos, destacando que, en virtud de la inversión de la carga de la prueba que trae aparejada esa presunción, quien invoque la constitucionalidad de la restricción debe aportar "una cuidadosa prueba" sobre los fines que se intentan resguardar y sobre los medios utilizados a tal efecto. En cuanto a los primeros, establece que deben ser sustanciales y no meramente convenientes. Con relación a los segundos, dice que resulta insuficiente una genérica "adecuación" a los fines, sino que debe juzgarse si los promueven efectivamente y, además, si no existen otras alternativas menos restrictivas para los derechos en juego(60).

Asimismo, se pronuncia sobre la incidencia de distintos tratados internacionales sobre derechos humanos relativos a la doctrina establecida. Al respecto, la Corte sostiene que "sus normas sólo pueden mejorar la tutela de los derechos, no empeorarla. Es decir, aquellos no pueden entenderse como restrictivos de los derechos constitucionales existentes, en el ordenamiento interno, al momento de su sanción"(61). La regla, si bien definida en un fallo que involucraba una distinción basada en el origen nacional, resulta aplicable a todo otro supuesto de índole eventualmente discriminatoria.

En este orden de ideas, el art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional dispone que los tratados de rango constitucional "*...no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos*". A su vez, el art. 29, inc. b de la Convención Americana sobre Derechos Humanos consagra el principio *pro homine* al establecer que ninguna disposición de esa Convención puede ser interpretada en el sentido de "*limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes*". En análogo sentido, la disposición contenida en el art. 5.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos(62).

(59) CSJN, 1988/11/08, "Repetto, Inés M. c. Provincia de Buenos Aires", Fallos: 311:2272, LA LEY, 1989-B, 351.

(60) "Hooft, Pedro C. F. c. Provincia de Buenos Aires", 2004/11/16, Fallos: 327:5118, LA LEY, 2005-A, 295.

(61) CSJN, 2006/08/08, "Gottschau, Evelyn P. c. Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", Fallos: 329:2986, DJ, 2006/09/13. En el caso, el fallo apelado, y que la Corte revoca, alude a que distintos tratados y convenciones sobre derechos humanos reconocen el derecho a acceder a los cargos públicos a los ciudadanos de cada país, sin hacerlo extensivo a los extranjeros que en ellos habiten.

Las categorías expresamente vedadas por los diversos tratados internacionales de derechos humanos, tales como la raza, el sexo, la edad, la religión, las ideas políticas —entre otros—, se suman al criterio de igualdad material establecido en el primigenio art. 20, que exigen un control de constitucionalidad más riguroso y la inversión del *onus probandi*, para justificar una clasificación basada en un criterio prohibido, también denominado sospechoso, a los fines de excluir toda posible arbitrariedad en la decisión legislativa. Ejemplo de ello es la sentencia recaída en el caso "Partido Nuevo Triunfo". Allí, la Corte Suprema consideró que la denegatoria de autorización para funcionar a una organización identificada con el partido nazi supera los cuestionamientos basados en el derecho a la igualdad, tanto desde el punto de vista del criterio amplio como del más estricto impuesto por las cláusulas antidiscriminatorias.

En este orden de ideas, el Alto Tribunal ratificó la interpretación efectuada por la Cámara Nacional Electoral, en el sentido de que el régimen de partidos políticos distingue del resto a las organizaciones cuyo programa incluya la promoción del desprecio u odio racial, religioso o nacional y que esa distinción responde a una finalidad sustantiva que el Estado no puede en modo alguno soslayar ni demorar. A su vez, el voto concurrente del doctor Fayt consideró que la probada conculcación del derecho a la igualdad por parte de la agrupación política cuyo reconocimiento se pretende constituye *una razón suficiente* para rechazar la petición.

d) Las acciones positivas

Las acciones positivas presuponen una intervención directiva (legislativa) y directa (administrativa) de ejecución, materialización y realización de la igualdad declarada. La reforma de 1994 ha incorporado al texto constitucional disposiciones concretas en esta materia. Así, el art. 75 inc. 23 establece como una de las atribuciones del Congreso la de "*legis-*

(62) Idem.

lar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad". Por medio de este artículo, se procura que los poderes constituidos intervengan por vía directiva, dictando leyes o medidas de promoción, o por vía directa con medidas concretas de acción de gobierno.

Para Bidart Campos "se promueven los derechos cuando se adoptan las medidas para hacerlos accesibles y disponibles a favor de todos. Y eso exige una base real igualitaria, que elimine, por debajo de su nivel, cuanto óbice de toda naturaleza empece a que muchos consigan disfrutar y ejercitar una equivalente libertad real y efectiva. El Congreso queda gravado con obligaciones de hacer: legislar y promover medidas de acción positiva. Esto obliga al Estado a remover obstáculos impeditivos de la libertad y la igualdad de oportunidades y de la participación de todos en la comunidad. Se trata de un liberalismo en solidaridad social o sea, de un estado social y democrático de derecho que para nada se aletarga en obligaciones de omisión frente a los derechos personales, sino que asume el deber de promoverlos. Donde quiera haya o pueda haber una necesidad, una diferencia, una minusvalía, allí hay que reforzar la promoción de la igualdad real y de los derechos humanos" (63).

En la misma concepción se inscribe el inc. 19 del art. 75 CN —denominada cláusula del progreso social—, que complementa la cláusula del progreso contenida en el inc. 18, estableciendo precisiones que obligan al Congreso a "*...proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social...*" "*...promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones...*" y sancionar leyes en materia de educación que aseguren la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna. El constituyente reformador también realizó una aplicación material del principio de igualdad en el texto del art. 37, que consagra las características del sufragio activo. Allí se establece la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para acceder a cargos electivos, la cual debe garantizarse por acciones positivas, también denominadas de discriminación inversa (64).

Otra de las reformas sustanciales relacionadas con el principio de no discriminación es el reconocimiento de la preexistencia de étnica

(63) BIDART CAMPOS, GERMÁN, *Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino*, t. VI: *La Reforma Constitucional de 1994*, Ediar, Buenos Aires, 1995, p. 378.

(64) El art. 60 del Código Electoral establece que las listas que se presenten deben tener mujeres en un mínimo del 30 % de los candidatos a los cargos a elegir y en proporciones con posibilidad de resultar electas.

y cultural de los pueblos indígenas. La cláusula contenida en el inc. 17 del art. 75 (65) obliga al Estado a conceder un trato igualitario, sustentado en el respeto de la identidad y diferencias culturales de los pueblos originarios. A su vez, las acciones positivas se ponen de manifiesto en el cometido impuesto al Congreso de regular la entrega de otras tierras aptas y suficientes para el desarrollo humano. Con la incorporación de esta cláusula, se intenta saldar una antigua deuda del Estado argentino con una parte de su comunidad, integrada por los descendientes de las antiguas poblaciones originarias. Su contenido importa un gran avance en la consideración de esta temática, ya que deja totalmente de lado la cultura paternalista y discriminatoria, consistente en la asimilación compulsiva de estos pueblos, por un criterio pluralista, enraizado en el principio de no discriminación.

3. LIBERTAD RELIGIOSA Y DE CONCIENCIA

La libertad religiosa es un derecho humano fundamental que consiste en el reconocimiento de la autonomía de cada persona para elegir la religión que prefiera de acuerdo con su fe y sus convicciones, como así también, de no ser obligado a tener un credo determinado o creencia sagrada alguna. El Concilio Vaticano II, en su Declaración *Dignitates Humanae* sobre la libertad religiosa, sostuvo que es ésta un derecho civil de la persona y de las comunidades, la cual consiste en que "*todos los hombres han de estar inmunes de coacción, tanto por parte de individuos como de grupos sociales y de cualquier potestad humana, y esto de tal manera que, en materia religiosa, ni se obligue a nadie a obrar contra su conciencia, ni se le impida que actúe conforme a ella en privado y en público, sólo o asociado con otros, dentro de los límites debidos... el derecho a la libertad religiosa está realmente fundado en la dignidad misma de la persona humana*".

Asimismo, diversos tratados sobre derechos humanos, que hoy gozan de jerarquía constitucional, reconocen expresamente esta libertad esencial de la persona humana. La Convención Americana sobre Derechos Humanos se refiere a este derecho en su art. 12, que expresa: "*Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión*".

Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente,

(65) La norma reemplaza al inc. 15 del art. 67 del texto constitucional de 1853 que establecía la competencia del Congreso para "... conservar el trato pacífico con los indios, y promover la conversión de ellos al catolicismo".

tanto en público como en privado... Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias". Seguidamente establece que este derecho sólo puede restringirse por la ley, siempre que las limitaciones sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral pública o los derechos y libertades de los demás.

En términos similares se pronuncia el Pacto de Derechos Civiles y Políticos en su art. 18: *"Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza..."*.

Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño obliga a los Estados parte en su art. 14 a respetar *"el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión"*. Y en su art. 30 se refiere expresamente a los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o personas de origen indígena, a efectos de que no se les niegue a los niños que pertenezcan a esas minorías a que practiquen su propia religión. Luego de la reforma constitucional de 1994, el reconocimiento del derecho a profesar libremente las propias creencias, se extiende expresamente a los derechos de pueblos originarios, que propicia el art. 75 inc. 17 de la Ley Suprema.

a) La libertad de cultos

La libertad de cultos, consagrada en el art. 14 de la Constitución, es el derecho reconocido a toda persona de profesar su credo libremente sin injerencias ni coerciones de particulares o de las autoridades públicas. Su ejercicio, en cuanto se concreta en actos exteriores a la intimidad del individuo, está sujeto a reglamentación legal. Pero, además, las exigencias que razonablemente establece la ley para la libre profesión del culto tienden a garantizar la igualdad de los individuos. Tal como lo ha expresado la Corte Suprema, en lo atinente a sus creencias, la igualdad *"significa que se es igual por merecer el mismo respeto y consideración cualesquiera fuesen las ideas religiosas que se sostengan, y aun cuando ninguna se sostenga"* (66).

Por sus propias características, la libre práctica del culto no se trata sólo de un derecho personal, sino que su reconocimiento se extiende a

(66) Ver caso "Portillo", Fallos: 312:496, considerando 14.

las comunidades o iglesias de las diferentes confesiones, dado que tiene un fuerte contenido comunitario, y, de lo contrario, se lo privaría de uno de sus aspectos esenciales, que es el de reunirse los que profesan la misma fe para celebrar los rituales sagrados. Como ya adelantamos, no se trata de un derecho absoluto, sino que está sujeto a la reglamentación de la ley. Por ejemplo, uno de los requisitos exigidos a las comunidades religiosas o iglesias es el de su inscripción en el registro de cultos. Mediante esta formalidad, el Estado otorga reconocimiento y personería jurídica a estas entidades. Sin embargo, tal como sostiene Bidart Campos, creemos que la ausencia de registro no obsta al ejercicio de derechos inherentes a la libertad religiosa, pues, el Estado está siempre habilitado para restringirlos, cuando alguna actividad afecte la moral, las buenas costumbres, el orden público o los derechos de terceros, del mismo modo que lo está con respecto a las entidades inscriptas (67).

El reconocimiento del derecho a la libertad de culto para todos los habitantes de la Nación, en los términos del art. 14 de la Constitución, se refuerza con la disposición contenida en el art. 20 respecto de los extranjeros. Esa reiteración se explica en la necesidad de estimular la inmigración europea —art. 25—, como uno de los ejes centrales del ideario político plasmado en la Constitución de 1853. Y ese fue, a la vez, el argumento dirimente que posibilitó la incorporación de la libertad religiosa a su texto, ya que los intentos organizativos anteriores no la contemplaban, como consecuencia del sistema de religión de Estado adoptado en la época de la independencia, incluyendo las Constituciones de 1819 y 1826.

La libertad de religión sólo había sido reconocida a los súbditos británicos, residentes en las Provincias Unidas del Río de la Plata, por el tratado celebrado con Inglaterra el 2 de febrero de 1825, vigente al momento de sancionarse la Constitución. Juan Bautista Alberdi, en su proyecto, aludía expresamente a este tratado, como compromiso nacional que no debía derogarse por Constitución alguna. Al referirse expresamente al plan de inmigración, propiciaba tanto el teísmo como la tolerancia religiosa: "Si queréis pobladores morales y religiosos, no fomentéis el ateísmo. Si queréis familias que formen las costumbres privadas, respetad el altar de sus creencias" y refiriéndose a la América española, sostenía: "o católica exclusivamente y despoblada; o poblada y próspera, y tolerante en materia religiosa".

La protección constitucional de la libertad de culto, en los arts. 14 y 20 de la Ley Fundamental, implicó, en definitiva, que las personas de

(67) Conforme BIDART CAMPOS, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, t. I-B, Ediar, Buenos Aires, 2001, p. 38.

los distintos credos que habiten la República Argentina, así como las comunidades a las que pertenecen, gocen de la misma libertad que la Iglesia Católica Apostólica Romana para practicar su culto, no obstante la preferencia del Estado Nacional respecto de esta última.

b) La libertad de conciencia

La libertad de conciencia reside en el ámbito de la intimidad personal y trasciende la libertad religiosa, en cuanto se vincula, además, con todo el sistema de creencias y convicciones éticas y morales del individuo. Dadas sus características, se halla exenta de las limitaciones de la ley y de las restricciones de las autoridades, en cuanto no se manifiesten exteriormente, de acuerdo a la disposición constitucional expresa del art. 19.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció su doctrina con respecto a la libertad de conciencia en estos términos: "*Las acciones privadas de los hombres (art. 19 de la Constitución Nacional) son las que arraigan y permanecen en la interioridad de la conciencia de las personas y sólo a ellas conciernen, escapando a la regulación de la ley positiva y a la autoridad de los magistrados, pues no se concretan en actos exteriores que puedan incidir en los derechos de otros o que afecten directamente a la convivencia humana social, al orden y a la moral pública y a las instituciones básicas en que ellas se asientan*"[68]. En consecuencia, hizo lugar al amparo deducido contra la decisión que resolvió negar la radicación definitiva y expulsar del territorio nacional a un extranjero ingresado legalmente al país —que incluso había contraído matrimonio con una argentina— por el hecho de haber consignado en un formulario oficial su pertenencia a los Testigos de Jehová, culto prohibido en nuestro territorio al momento del fallo.

La libertad de conciencia se proyecta, en su faz exterior, en la denominada "objeción de conciencia", entendida como el derecho a no cumplir una obligación legal u orden de la autoridad que violente las convicciones íntimas de una persona o sus creencias, siempre que ello no afecte significativamente los derechos de terceros ni otros aspectos del bien común[69]. La jurisprudencia de la Corte Suprema admitió por primera vez el derecho a la objeción de conciencia en el caso "Portillo", al declarar que en el ámbito de la determinación de la autonomía de la persona, no puede desconocerse el derecho de un individuo a no cumplir con una obligación legal con fundamento en que ello le causaría un serio conflicto de conciencia, que podría no ser estrictamente religioso[70]. Se trataba, en el caso, de un ciudadano, perteneciente al culto católico, que se negaba a cumplir con la obligación del servicio militar, con fundamento en razones de conciencia que le impedían el uso de armas.

Mediante una interpretación armónica del texto constitucional, el Alto Tribunal sostuvo que el deber —relativo— proveniente de la necesidad de armarse en defensa de la patria y de la Constitución, y la libertad religiosa —también relativa—, no necesariamente resultan inconciliables. De manera que, lejos de propiciarse soluciones que lleven al aniquilamiento de una u otra, han de procurarse las que las concierten. En consecuencia, admitió la posibilidad de ejercer el derecho a la objeción de conciencia siempre que se acreditara por parte del objetor, en supuestos como el del caso en examen, que el cumplimiento de la obligación legal le producía un serio conflicto con sus creencias religiosas o éticas contrarias a todo enfrentamiento armado.

c) Relación del Estado argentino con la Iglesia Católica

La cuestión relativa a las relaciones del Estado argentino con la Iglesia Católica, así como la de la libertad de cultos, fue materia de intensos debates en el ámbito de la Convención Constituyente de 1853. Como es fácil advertir, ambas cuestiones estaban íntimamente ligadas entre sí, en tanto el reconocimiento de la libertad de religión traía aparejada la adopción de un régimen diverso del existente hasta ese momento. Cabe destacar que, durante la época de la independencia, los gobiernos patrios habían respetado la tradición católica imperante en nuestro país —cuyos orígenes se remontaban a los tiempos de la conquista española— a través de la consagración del culto católico como religión de Estado. La solución finalmente se concretó en la fórmula contenida en el art. 2º de la Constitución, cuyo texto dice: "*El Gobierno federal sostiene el culto católico apostólico romano*".

i) Distintos sistemas

A los fines de establecer la posición adoptada por el Estado frente a la Iglesia Católica, definiremos someramente las relaciones específicas que se determinan en una Constitución entre el poder político y el poder espiritual o religioso. Estas relaciones se caracterizan por la menor o ma-

(68) Ver "Carrizo Coito, Sergio c. Dirección Nacional de Migraciones", Fallos: 302:604.

(69) Ver caso "Bahamondez", disidencia de los doctores Cavagna Martínez y Boggiano, considerando 12, Fallos: 316:479, LA LEY, 1993-D, 130.

(70) Ver Fallos: 312:496.

yor intervención del segundo respecto del primero, o bien, de la menor o mayor separación entre ambos órdenes.

De acuerdo con estas pautas, podemos agrupar las diversas modalidades históricamente adoptadas en tres grandes sistemas:

1. Sistema teocrático: el gobierno se halla en poder de sacerdotes o mìnistros del culto en quienes reside la suma del poder político.

2. Sistema confesional: el Estado o gobierno político reconoce un solo credo en forma oficial, el que resulta obligatorio para todos los habitantes. Este fue el sistema adoptado en nuestro país durante la época de la independencia hasta la sanción de la Constitución de 1853[71].

3. Sistema laico: No existe vínculo alguno entre el poder político y el relígioso. Como consecuencia de ello, todos los credos se encuentran en un pie de igualdad, y, a la vez, se asegura la plena libertad para el ejercicio del culto.

Mediante la norma contenida en el art. 2º, los constituyentes otorgan a la religión católica el carácter de religión preferida por el Estado, el cual se obliga a asistir financieramente a la Iglesia. También se deriva de esta disposición el otorgamiento de un "status jurídico" especial para la Iglesia Católica, privilegiado con relación al que reciben las iglesias de otros cultos.

ii) Interpretación judicial

La Corte Suprema optó por una interpretación restringida del alcance que debe otorgarse al artículo segundo. En un antiguo fallo, afirmó que la preeminencia consignada en la Constitución Nacional a favor del culto católico, apostólico, romano, no puede implicar que la Iglesia Católica constituya en nuestra organización política un poder de esa naturaleza, ya que la Ley Suprema consagra la libertad de cultos[72]. En la especie, se

(71) El Estatuto de 1815 establecía en su art. 1º que "*la Religión Católica Apostólica Romana es la Religión del Estado*". Y agregaba en su artículo 2º que "*Todo hombre deberá respetar el culto público, y la Religión Santa del Estado*". En términos semejantes se refería al culto el Reglamento de 1817. Por su parte, la Constitución de 1819 prescribía en su art. 1º que "*La Religión Católica, Apostólica, Romana, es la Religión del Estado. El Gobierno le debe la más eficaz y poderosa protección; y los habitantes del territorio todo respeto, cualesquiera que sean sus opiniones privadas*". Y su art. 2º disponía: "*La infracción del artículo anterior será mirada como una violación de las leyes fundamentales del país*". A su vez, la Constitución de 1826 contenía prescripciones similares respecto de la obligatoriedad del culto católico y de la protección que debía prestar a éste el Estado argentino.

(72) Ver Fallos: 53:188.

había planteado la inconstitucionalidad de la ley de matrimonio civil y calificado a la Iglesia como a un poder constitucional de existencia necesaria como lo son los otros poderes del Estado.

El criterio formulado en el citado precedente se ve ratificado en el caso "Carbonell", donde el Tribunal sostuvo que el *espíritu de los convencionales, al sancionar el texto constitucional, ha sido simultáneamente el de excluir toda religión de Estado y establecer que la Nación protege la religión Católica*[73].

En lo atinente a la discusión doctrinaria acerca del significado que adquiere en el texto constitucional el verbo "sostener", en cuanto a si éste trasciende, o no, la mera ayuda financiera a las instituciones eclesiásticas[74], el referido pronunciamiento agregó, con cita de sus precedentes, que dicha directiva respondía "*...a una necesidad impuesta por las costumbres de la sociedad y por las tradiciones legislativas consignadas en repetidos estatutos anteriores*", y explicó que su alcance es el que emerge de su texto, esto es, *que los gastos del culto serán pagados por el Tesoro Nacional.*

En consecuencia, estimamos que, de la interpretación armónica de las disposiciones de los arts. 2º y 14 de la Ley Fundamental, se desprende que el Estado argentino garantiza la libertad de cultos sin reconocer igualdad entre ellos, pues, otorga preeminencia al culto católico. Ello es así, en tanto establece la obligación del Gobierno federal de prestar asistencia financiera a esa Iglesia y ésta recibe el trato de persona pública no estatal —según art. 33 del Código Civil—. A su vez, las relaciones con la Santa Sede se regulan de forma análoga a la que se mantiene con los Estados extranjeros, según veremos más adelante.

iii) Evolución constitucional

El texto constitucional de 1853/60 reglamentaba determinadas instituciones que implicaban prerrogativas para el Gobierno respecto de cuestiones eclesiásticas y, asimismo, la posibilidad de interferir en el manejo de la Iglesia Católica. Estas facultades consistían en el ejercicio del Patronato por parte de los Poderes Legislativo y Ejecutivo y el otorgamiento del pase de bulas y rescriptos pontificios o decretos de los concilios[75].

(73) Fallos: 304:1139.

(74) BIDART CAMPOS sostiene que la confesionalidad del Estado argentino deriva del art. 2º de la Constitución, cuyo texto trasciende la ayuda económica al culto católico. *Tratado Elemental de Derecho Constitucional,* Ediar, Buenos Aires, 2001, p. 26 y ss.

(75) El Patronato era una institución que reconocía su antecedente en las potestades conferidas por los Papas a los Reyes de España en la época de la conquista, con miras a

En 1966, por acuerdo celebrado con la Santa Sede, se eliminaron estas instituciones como así también la facultad del Congreso para autorizar el establecimiento de nuevas órdenes religiosas, contemplada en el art. 67 inc. 20 de la Constitución histórica.

La reforma de 1994, además de suprimir las cláusulas relativas al ejercicio del Patronato y demás prerrogativas inherentes a dicha institución —las que ya habían sido sustraídas por mutación constitucional por el concordato de 1966—, eliminó la prescripción del art. 76 de la Constitución de 1853 que obligaba al Presidente y Vicepresidente a pertenecer al culto católico. La supresión de esta cláusula, además de acentuar la igualdad entre los cultos, es la lógica consecuencia de la nueva relación establecida con la Iglesia Católica a partir de 1966, en cuanto ya no resultaba necesario la pertenencia a ella del titular del Poder Ejecutivo, como sí lo era cuando el Presidente contaba con los atributos relativos al Patronato.

Por otra parte, se eliminó la cláusula contenida en el art. 67, inc. 15, que facultaba al Congreso a promover la conversión de los indios al catolicismo. Esta disposición —como vimos en la parte segunda de este capítulo— resultaba anacrónica y contraria al criterio pluralista enraizado en la concepción liberal de nuestra Ley Fundamental y en el principio de no discriminación que sustenta el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

BIBLIOGRAFÍA

- BELING, ERNST, *La teoría del delito*, citado por CREUS, CARLOS en *Síntesis de Derecho Penal*, Zeus Editora, Rosario, 1974.
- BIDART CAMPOS, GERMÁN, *Manual de la Constitución Reformada*, t. I, Ed. Ediar, 1998.
- BIDART CAMPOS, GERMÁN, *Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino*, t. VI: *La Reforma Constitucional de 1994*, Ediar, Buenos Aires, *1995*.
- CARRARA, FRANCISCO, *Tratado*, t. II, Ed. Depalma, 1977.
- CREUS, CARLOS, *Sinopsis de Derecho Penal, Parte General*, Zeus Editora, Rosario 1974.
- GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*, 2ª ed., Buenos Aires, Ed. La Ley, 2004.

la conversión de los habitantes originarios al catolicismo. En nuestro país, esos atributos consistían en la participación del Gobierno argentino para el nombramiento de obispos y en la facultad de conceder o retener el pase de los actos pontificios.

- GONZÁLEZ, JOAQUÍN V., *Manual de la Constitución Argentina*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2001.
- LEDESMA, ANGELA ESTER, *Garantías Constitucionales del Proceso Penal. Nuevos estándares del proceso a la luz de las garantías*, en: SABSAY, D. y MANILI P., *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, t. I, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2009.
- MONTERO A ROCA, JUAN, *Ultimas reformas procesales en la legislación nacional y extranjera en el proceso penal: principio acusatorio*, VIII Encuentro Panamericano de Derecho Procesal, AAVV, Córdoba, Argentina, 1992.
- ROSATTI, HORACIO D., *El Derecho a la Jurisdicción antes del proceso*, 1984, citado por BIDART CAMPOS, GERMÁN en *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, t. I, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1989.
- VÁZQUEZ ROSSI, JORGE E., *Derecho Procesal Penal*, t. I, Ed. Rubinzal-Culzoni, 1995.

Capítulo X

Otros Derechos

Sumario: 1. Libertad de prensa. a) Concepto y contenido. b) El artículo 32 de la CN. i) Que restrinjan la libertad de imprenta. i.1) Primera etapa. i.2) Segunda etapa ("Ramos c. Batalla"). ii) Jurisdicción federal. c) Prohibición de censura previa. i) Censura directa / tradicional. ii) Censura indirecta. d) Evolución del concepto de libertad de expresión a través de los fallos de la Corte. i) Responsabilidad ulterior. Violación de la intimidad. *ii) Información falsa que proviene de una fuente. Doctrina del reporte* fiel. iii) Doctrina de la real malicia. e) Derecho de réplica. f) Secreto de las fuentes de información. g) Internet.— 2. Derecho de propiedad. a) La situación en nuestro derecho constitucional. b) Inviolabilidad de la propiedad. c) Necesidad de expropiación. d) Utilidad pública. e) Indemnización previa. f) Sentencia judicial.— 3. Derechos sociales. a) El artículo 14 bis. i) Primer párrafo. ii) Segundo párrafo. ii.1) La huelga. ii.2) Los convenios colectivos de trabajo. *ii.3) Conciliación y arbitraje. iii) Tercer párrafo. iii.1) Seguro social,* las jubilaciones y pensiones y su interpretación. iii.2) La movilidad de las prestaciones jubilatorias. Caso "Sánchez María del Carmen c. ANSES". Caso "Chocobar, Sixto c. Caja Nacional de Previsión". Caso "Cinco Pensionista c. Perú". b) El artículo 14 bis y la reforma de 1994.— 4. Los derechos de incidencia colectiva luego de la reforma de 1994. a) El derecho a un ambiente sano. i) La sustentabilidad del desarrollo. ii) Principales reformas en el derecho público argentino nacional y provincial. iii) El desarrollo humano como valor. iv) Participación y desarrollo sustentable. v) Federalismo y ambiente. vi) Interpretación judicial. vi.1) Caso "Roca Magdalena c. Provincia de Buenos Aires". vii) El medio ambiente en el derecho público provincial. viii) Conclusiones. b) Derechos de consumidores y usuarios.— Bibliografía.

1. Libertad de expresión y de prensa

La evolución del constitucionalismo se ha centrado en el logro de los mecanismos necesarios para permitir que el principio de imperio de la ley rija de manera efectiva. Y que, por lo tanto —tomando la feliz expresión vertida por Hamilton a poco de sancionada en 1787 la Constitución norteamericana—, sea posible que gobiernen las instituciones derivadas de las normas constitucionales y no los hombres. Hacia la obtención de esos resultados se han concebido numerosos institutos jurídicos. Desde garantías individuales, hasta órganos especiales de fiscalización, se han

ideado las herramientas más sofisticadas en aras, en definitiva, de posibilitar que el Estado de Derecho fuese una realidad en las diferentes latitudes donde se apostó a la democracia como forma de gobierno y como estilo de vida.

Claro que si nos remontamos en el tiempo, el más antiguo y uno de los más efectivos instrumentos a esos efectos, ha sido precisamente la libertad de expresión. Así lo entendieron los primeros constituyentes tanto en Francia como en los Estados Unidos. No por casualidad la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano expresa:

"La libre comunicación de ideas y opiniones es uno de los derechos más preciosos del hombre..." (art. 11).

"Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de los poderes determinada, carece de Constitución" (art. 16).

Se trata de dos contenidos fundamentales para el Estado de Derecho que se encuentran íntimamente vinculados. Por una parte, la libertad de expresión entendida desde una concepción amplia, comprensiva del intercambio de información en los más variados terrenos del conocimiento, de las diferentes expresiones de la cultura, de las ideas, etc. Ello, a su vez, permitirá que lo previsto en el segundo artículo trascripto se haga realidad. Curiosamente los constituyentes estadounidenses llegaron a la misma posición luego de que la vigencia de su Ley Fundamental transitara un breve período. En efecto, el texto de la Constitución de Filadelfia en su versión de 1787 no contenía una parte dogmática o doctrinaria. Esto fue así, puesto que se consideró que toda declaración de derechos por más amplia que ésta fuese importaba de modo implícito la exclusión de todas aquellas libertades que no hubieran sido expresamente reconocidas en el articulado constitucional. Sin embargo, pocos años después de que entrara en vigencia la nueva Constitución y ante los temores que importaron para la libertad de expresión, la sanción de la Ley de Sedición (1798), se consideró necesario introducir el reconocimiento de esta libertad en el texto de la Ley Fundamental.

Así fue como la primera enmienda estableció que *"el Congreso no aprobará leyes... que restrinjan la libertad de expresión o de prensa..."*. Esta fue la puerta de entrada para que por medio de sucesivas enmiendas se fuera completando el texto original de la Constitución con un listado de los derechos fundamentales del hombre. Nos parece importante señalar que no es por casualidad que la llave hacia la apertura de este proceso fuese precisamente la protección de la prensa y de la información.

De ahí en más todas las leyes fundamentales de los diferentes países democráticos le reservan un lugar de privilegio a la protección de la libertad de expresión. Igualmente su resguardo surge de la letra de los

tratados internacionales que vinculan internacional o regionalmente a los países. En el caso de América es de destacar su detallado tratamiento en el texto de la convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), instrumento que le dedica sus arts. 13 y 14.

Fiel a esta tradición, el constituyente argentino se refiere a la cuestión en los arts. 14 y 32 de nuestra Ley Fundamental. En el primero, enuncia esta libertad fundamental de todos los habitantes *"de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa"*; mientras que en el segundo, adopta casi textualmente el texto ya citado de la primera enmienda a la Constitución estadounidense, al prohibirle al Congreso el dictado de *"leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal"*.

Desde el punto de vista del bien jurídico protegido, la libertad de expresión tiende a sustentar una serie de contenidos todos los cuales se relacionan, por un lado con la vigencia del sistema democrático en su conjunto. Por el otro, observando la cuestión desde la esfera individual, se aspira a apoyar el acceso a la instrucción, a la información, a los más variados intercambios entre los seres humanos en el campo del conocimiento, etc. Por tanto, estamos frente a bienes de una elevadísima jerarquía, ya sea que se los valore a la luz del interés general o en función del interés individual. Además, en última instancia, ambas esferas están tan indisolublemente unidas en la búsqueda de la solidez del edificio del Estado de Derecho que resulta en los hechos muy difícil efectuar un análisis por separado.

No obstante lo antedicho, la historia constitucional y la realidad de nuestros días, muestran infinitos ejemplos de tentativas de establecer límites a la libertad de expresión con el objeto de imponer otros intereses. Se trata entonces de observar con cuidado, de qué bienes jurídicos se habla en cada caso y de ser atendibles los reclamos cuáles son las modalidades más adecuadas para la elaboración de un régimen jurídico. La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha expresado al respecto en el caso S. Schmidt (OC/5/85), oportunidad en que consideró que no debía exigírseles a los periodistas la obtención de una licencia para poder ejercer su profesión. Al respecto la Corte sostuvo que "cuando se restringe la libertad de expresión de un individuo, no sólo es el derecho de ese individuo el que está siendo violando, sino también el derecho de todos a recibir informaciones e ideas". Luego agregó que "se ponen así de manifiesto las dos dimensiones de la libertad de expresión. En efecto, esta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento, pero implica también un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno".

En esta posición subyace una clara toma de posición derivada de la filosofía del liberalismo la que queda claramente expresada en las palabras de Thomas Jefferson quien sostenía que "entre un gobierno sin prensa libre y una prensa sin gobierno, me inclinaría por esta última". En el mismo orden de ideas Mitre afirmaba: "soy de los que piensan que es preferible irse un poco más allá en materia de libertad que quedarse más acá; o que irse un poco más allá en materia de autoridad o despotismo. Los males *que puede ocasionar la libertad se remedian por ella misma; es como la* lanza de Aquiles, que cura las heridas que abre".

La libertad de expresión y de pensamiento es una de las bases fundamentales de sustentación de la democracia, no por casualidad se la ha considerado la "madre de todas las libertades". Esta premisa adquiere un valor muy especial para las jóvenes democracias latinoamericanas que se encuentran en pleno proceso de consolidación del Estado de Derecho. En el marco de este tránsito ha sido precisamente el aporte de los medios de comunicación, en su afán por informar, uno de los instrumentos más valiosos de control del poder —sino el único en muchos casos—, frente a la debilidad que exhiben las instituciones encargadas de su fiscalización.

En tanto compartimos estas consideraciones, no podemos sino defender *con énfasis la plena vigencia de la libre expresión desconfiando* de todos los intentos que aun de buena fe tiendan a limitar su contenido. Sólo una comunidad de gobernados suficientemente esclarecidos y conscientes de los pormenores que subyacen detrás de las decisiones gubernamentales a tomar o ya tomadas, permite la participación eficaz que en la actualidad demanda la evolución del sistema democrático.

a) Concepto y contenido

Recordemos lo ya dicho sobre el antecedente de Estados Unidos de América, país en el que esta libertad fue la primera que se introdujo en el plexo jurídico constitucional, que fue recién a partir de allí que se puso de manifiesto la necesidad de que la Constitución contuviese una parte dogmática, la que se iría completando con sucesivas enmiendas. La libertad de expresión es un derecho que tiene una fuerza especial ya que comprende una dimensión individual y otra de tipo colectivo. Ello, en la medida que les procura a los gobernados los elementos necesarios *para conocer lo que ocurre en la esfera gubernamental* y de esa manera proceder en consecuencia, tanto en el ejercicio de los derechos políticos como en la participación en los asuntos públicos. La libertad de expresión ha sido considerada como la madre de todos los restantes derechos, en tanto éstos se sustentan básicamente en la existencia de la más plena vigencia de la primera. Por lo tanto, el alcance de la libertad de prensa

constituye uno de los estándares más eficaces para medir la calidad de la democracia en un determinado lugar.

En palabras de Bidart Campos, la libertad de expresión "es el derecho a hacer público, a transmitir, a difundir y a exteriorizar un conjunto de ideas, opiniones, críticas, imágenes, creencias, etc. A través de cualquier medio: oralmente, mediante símbolos y gestos, en forma escrita, a través de la radio, el cine, el teatro, la televisión, etc."[1]. Ahora bien cuando se sancionó nuestra Constitución, el único medio de difusión era la prensa, motivo por el cual los arts. 14 y 32 utilizan la expresión libertad de prensa. Sin embargo aplicando analógicamente el concepto de libertad de prensa y conectándolo con el de libertad, no ofrece dudas la necesidad de hacer extensiva su protección *a la expresión del pensamiento humano* en cualquiera de sus formas.

La libertad de expresión puede manifestarse de diversas maneras, a través de:

- La libertad de prensa: reconocida a todos los habitantes sin distinción alguna, utilizando la expresión contenida en el art. 1º del Pacto de San José de Costa Rica, "*toda persona que esté sujeta a la jurisdicción del Estado*". Los principales actores son los medios de comunicación, que difunden su contenido por vía escrita, oral, televisiva, cinematográfica o por Internet o cualquier otro instrumento útil a esos efectos. Está protegida por los arts. 14, 32 y 43 CN y también por otras normas constitucionales y convencionales.

- A partir de la reforma de 1994, este aspecto de la libertad como bien protegido por todo el andamiaje jurídico institucional, incluye el derecho a difundir y a acceder a la información vinculada con el ambiente y el consumo (arts. 42 y 43 CN); en razón de ello, tanto el Estado como las empresas prestadoras de servicios públicos deben proveer esa información para su más amplio conocimiento del público.

- La otra cara de la moneda es el derecho de los particulares a buscar esa información y a difundirla.

Durante muchos años se interpretó que el art. 14 CN protegía el derecho de expresar las ideas a través de la prensa escrita, en forma privilegiada y que los medios audiovisuales merecían una protección más atenuada. Con la evolución de la jurisprudencia se ha avanzado hacia una interpretación más amplia, comprensiva de cualquier medio de exteriorización de ideas.

---

(1) BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Manual de la Constitución Reformada*, t. II, Ediar.

Las ya citadas normas se complementan y armonizan con los tratados internacionales, que resultan aplicables por expresa disposición del art. 75 inc 22. Es el caso de la ya citada Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)[2]; que en su art. 13, inc. 1[3] reconoce el derecho a difundir todo tipo de información, mientras que el inc. 2[4] asegura la libertad de expresión sin censura previa. En su art. 14 establece el derecho de réplica, rectificación o respuesta.

La Convención sobre los Derechos del Niño[5] reconoce a los niños el derecho de acceso a la información y la libertad de expresión (art. 13) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reitera[6], con algunas variantes, las normas del Pacto de San José de Costa Rica. En la causa "Ponzetti de Balbín"[7] la Corte Suprema había reconocido la operatividad de esta Convención[8] (considerando 4 del voto del Ministro

(2) Aprobada por la República Argentina, según ley 23.054, B.O. 1984/03/27.

(3) Reconoce el derecho a buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística o por cualquier otro procedimiento de su elección.

(4) Establece que el ejercicio de ese derecho no estará sujeto a censura previa ni indirecta sino a responsabilidades ulteriores, autorizándose únicamente limitaciones para regular el acceso de menores a espectáculos públicos, o a la difusión de propaganda discriminatoria.

(5) Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 1989/11/20, aprobada por la República Argentina según ley 23.849, B.O. 1990/10/22.

(6) Adoptado por la res. 2200 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 1966/12/19. Aprobado por la República Argentina por ley 23.313, B.O. 1986/05/13.

(7) CSJN, 1984/12/11, Fallos: 306:1892.

(8) Artículo 13. "Libertad de Pensamiento y de Expresión.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión.

Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional".

Severo Caballero y del Ministro Belluscio y considerando 8 del Ministro Petracchi).

El art. 43 de la Constitución, último párrafo establece el secreto de las fuentes de información[9] como garantía de la libertad de expresión de los medios. La ley reglamentaria del hábeas data lo reitera en su articulado, expresando que, *"En ningún caso se podrán afectar la base de datos, ni las fuentes de información periodística"*. Con igual fundamento el texto constitucional (art. 38) al reconocer y reglar a los partidos políticos, menciona expresamente el derecho de libre acceso a la información pública y la difusión de sus ideas, asegurando el secreto de las fuentes de información a fin de preservar la tarea de los medios de comunicación en su actividad formadora de la opinión pública.

También en el texto constitucional reformado encontramos disposiciones aplicables a nuestra materia. A través de las atribuciones del Congreso, se ha incorporado el mandato de legislar en protección de la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor, el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales, lo cual implica la obligación de legislar asegurando la libertad de expresión en todas sus vertientes (art. 75, inc. 19).

b) El artículo 32 de la CN

Esta disposición de la Constitución histórica ha sufrido una evolución en su interpretación por parte de la jurisprudencia que desarrollamos a continuación, siguiendo las distintas etapas a través de la cuales se fue definiendo su alcance.

i) Leyes que restrinjan la libertad de imprenta

i.1) Primera etapa

En nuestro proceso constituyente la Convención de 1860, modificó el art. 32, cuya redacción dice así, *"el Congreso federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal"*, para asegurar así la libertad de expresión, un derecho anterior y superior a toda Constitución.

Se sostuvo que "en países como los nuestros en que las comunicaciones y contacto eran difíciles, la educación del pueblo defectuosa y limitada, las prácticas administrativas irregulares o viciosas y la tendencia a

(9) "No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística".

lo arbitrario inherente a todos estos defectos, la prensa ejercía una poderosa y saludable influencia, poniendo de manifiesto lo que habría interés en ocultar, interesando a unos pueblos en la suerte de otros y difundiendo por la discusión y la publicidad una masa de luces que de otro modo no llegaría a los extremos de la República" (10).

Su redacción originó diversas interpretaciones, la que podríamos llamar rígida, consideró que esta libertad no podía ser reglamentada. Con este criterio el Congreso de la Nación no podría incluir en el Código Penal incriminaciones a delitos cometidos por la prensa, por ejemplo.

La Convención de la Provincia de Buenos Aires, encargada del examen de la Constitución federal (11) en palabras de Vélez Sarsfield, y a través de la fundamentación del art. 32 nos da una visión distinta de su alcance. Expresa que "La reforma importa que la imprenta debe estar sujeta a las leyes del pueblo en que se use de ella (...) El Congreso dando leyes de imprenta sujetaría el juicio a los tribunales federales, sacando el delito de su fuero natural". Luego para fundamentar la primera parte del art. 32 expresa lo siguiente "La reforma dice aún más, que el Congreso no puede restringir la libertad. La libertad de imprenta, señores, puede considerarse como una ampliación del sistema representativo o como su explicación de los derechos que quedan al pueblo, después que ha elegido sus representantes al cuerpo legislativo. Cuando elige un representante no se esclaviza a ellos, no pierde el derecho de pensar o de hablar sobre sus actos, esto sería hacerlos irresponsables... El pueblo necesita conocer toda la administración, observarla y aun dirigirla en el momento que se separe de sus deberes" (12).

La Corte Suprema consideró que el Congreso no podía legislar sobre prensa para todo el país, por lo cual su competencia se limitaba a lugares sometidos a jurisdicción nacional, mientras que correspondía a cada provincia dictar sus propias normas, incluso las de naturaleza penal (13).

i.2) Segunda etapa ("Ramos c. Batalla")

En el caso "Ramos c. Batalla" (14), la Corte Suprema cambió su doctrina en lo atinente a la atribución del Congreso para legislar en materia

(10) BAEZA, CARLOS R., *Las reformas de la Constitución Argentina*, Ed. AZ, Buenos Aires, 1989.

(11) Diario de Sesiones de la Convención, ps. 91 y 92.

(12) FIORINI, BARTOLOMÉ, *El art. 31 de la Constitución. La Prensa Republicana*, nota a fallo "Batalla, Eduardo", CSJN, 1970/10/21, Fallos: 141:221.

(13) Ver Fallos: 1:130. Allí la CS declaró la incompetencia de la justicia nacional para conocer de los delitos de imprenta.

(14) "Ramos c. Batalla", Fallos: 278:62, LA LEY, 1994-C, 63.

penal considerando que el art. 32 de la Constitución Nacional no tuvo la finalidad de "crear un sistema pluralista de códigos penales". Ello en tanto el art. 67, inc. 11 (actual art. 75, inc. 12) de la Constitución, por el contrario, delegó en el Congreso la competencia para determinar cuándo un hecho constituye un delito con total prescindencia del medio empleado para cometerlo.

ii) Jurisdicción federal

Respecto de la segunda cuestión tratada por el art. 32, es decir la prohibición de la jurisdicción federal, hasta 1932, la Corte interpretó que el fin de la norma contenida en dicha disposición era evitar que las autoridades federales avasallen la prensa en Buenos Aires. En la citada causa "Ramos" cambia su doctrina considerando que a la prensa debían aplicarse las pautas corrientes para todas las materias (art. 75, inc. 12) correspondiendo al fuero federal o a los tribunales provinciales el juzgamiento de los delitos comunes cometidos por medio de la prensa, según que las cosas o las personas caigan bajo sus respectivas jurisdicciones.

c) Prohibición de censura previa

i) Censura directa

A fin de interpretar el art. 14 de nuestra Constitución histórica hemos de tener en cuenta el objetivo de dicha prohibición, que consistió fundamentalmente en permitir la comunicación de las ideas, informaciones y opiniones como garantía de transparencia, de control de los actos de gobierno por parte de los representados. El desarrollo de la prensa sin censura previa contribuiría a formar la opinión de la gente como elemento imprescindible para el juego democrático de las instituciones.

Pero si bien la garantía del ejercicio del derecho sin censura previa tiene carácter absoluto ello no implica eximir de responsabilidad, civil y penal al medio de difusión que a través de la publicación de una información ha producido un daño sea de naturaleza civil o penal. El art. 14 de la CN y el Pacto de San José de Costa Rica plantean diversas perspectivas, entre otras, a qué órganos de poder va dirigida la prohibición de censurar previamente, y cuál es el material sobre el que no puede recaer la censura. A la primera cuestión ha respondido nuestra Corte en términos absolutamente acordes con la Constitución y el pacto entendiendo que está prohibida toda censura previa en cualquier caso y ante cualquier situación.

Respecto de segunda cuestión, entendemos que si bien en un primer momento de la evolución de la doctrina de la Corte Suprema se hicieron distinciones entre la prensa escrita y los otros medios en los cuales se admitió un control anticipado, esto ha evolucionado y hoy la jurisprudencia considera pacíficamente que ese tipo de prácticas constituyen modalidades de censura previa, cualquiera que sea el medio de que se trate[15].

ii) Censura indirecta

También constituye censura cualquier medida que importe un control o una revisión anticipada. Por el contrario, como ya ha quedado dicho, las responsabilidades susceptibles de surgir después que la expresión se exterioriza no representan una forma de censura.

A la forma indirecta de censura se refiere el párrafo 3º del Pacto de San José de Costa Rica en su art. 13 referido, en el que se expresa que: "*No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas o de enseres y aparatos usados en la difusión de la información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones*".

Entre estos *otros medios*, la distribución arbitraria o interesada como premio o castigo, de la publicidad oficial, juega un rol definitorio en la actividad de los medios de comunicación, llegando en algunos casos a impedir que estos sigan funcionando. Se pueden incluir en esta categoría de censura, el establecimiento de cuotas de venta de papel, impuestos arbitrarios, dificultad para acceder a la titularidad de medios de comunicación, entre otros. En el caso "La Prensa"[16] la Corte Suprema se opuso a la aplicación de la ley de abastecimiento y a la fijación de un precio de tapa para los diarios ya que se trataba de una práctica violatoria de los arts. 14 y 32 CN. En 2007, nuevamente tuvo oportunidad de expedirse sobre restricciones indirectas en el caso "Editorial Río Negro"[17] al establecer límites a la publicidad oficial e impedir la arbitrariedad de la asignación de la respectiva "pauta" favoreciendo a los medios "amigos" en detrimento de los independientes. Al respecto, sostuvo que el Estado, al decidir en que medios coloca publicidad oficial, debe actuar de manera neutra en relación con la línea editorial que ellos sostengan. De lo contrario se estarían ejerciendo facultades discrecionales de manera irrazonable, porque contraria al interés general y al principio de igualdad que debe reinar en una sociedad democrática y plural.

(15) Ver, entre otros, "Servini de Cubría", María R.", 1992/09/08, CS Fallos: 315:1943.
(16) Fallos: 310:1715.
(17) Fallos: 330:3908.

d) Evolución del concepto de libertad de expresión a través de los fallos de la Corte[18]

La Corte Suprema de Justicia de la Nación (a partir de la prohibición constitucional de la censura previa) ha elaborado una serie de doctrinas aplicables a los distintos casos que se presentan en la práctica. La primera en el tiempo es la doctrina de la responsabilidad ulterior, por la cual se avala la plena responsabilidad de los medios o de particulares cuando la difusión de ideas causa daño a los derechos de otro u otros.

i) Responsabilidad ulterior

- *Violación de la intimidad*

En el caso "Ponzetti de Balbín I. y otro c. Editorial Atlántida"[19] la viuda e hijos del dirigente político Ricardo Balbín, iniciaron demanda por daños y perjuicios por la mortificación moral ocasionada por la revista "Gente", como consecuencia de la toma y publicación no autorizadas en su tapa de una foto del dirigente político Ricardo Balbín, que lo mostraba agonizante en la sala de terapia intensiva y otras tomas de similares características publicadas en el interior de la publicación.

En este fallo la Corte reafirmó la importancia del derecho de prensa como derecho individual, autónomo, motivo por el cual la legislación garantizó su ejercicio, estableciendo criterios e inmunidades con el objeto de impedir intromisiones arbitrarias del Estado (considerando 6). Su ejercicio hace responsable al medio que como en el caso, lesione otros derechos que merecen también la protección legal y jurisdiccional. En términos categóricos el fallo sentó el criterio aplicable a la definición del derecho a la privacidad e intimidad, cuyo fundamento constitucional se encuentra en el art. 19 de la CN.

En ese sentido expresó que: "... en relación directa con la libertad individual, (...) el derecho a la intimidad, protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituida por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias

(18) Ver: VENTURA, ADRIÁN, en SABSAY, DANIEL A., *Colección de Análisis Jurisprudencial, Derecho Constitucional*, La Ley, Buenos Aires, 2002, ps. 413 y ss.
(19) Fallos: 306:1892.

religiosas, la salud mental y física y en suma, las acciones, hechos o datos que teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad están reservadas al propio individuo y cuyo conocimiento y divulgación por los extraños significa un peligro real potencial para la intimidad..." (considerando 8). "Que en el caso de personajes célebres cuya vida tiene carácter público su actuación pública o privada puede divulgarse en lo que se relacione con la actividad que les confiere prestigio o notoriedad y siempre que lo justifique el interés general..." (considerando 9).

Por último estableció que "la publicación de la fotografía del doctor Ricardo Balbín, efectuada por la revista Gente y la Actualidad, excede el límite legítimo y regular del derecho a la información toda vez que la fotografía fue tomada subrepticiamente la víspera de su muerte en la sala de terapia intensiva del sanatorio donde se encontraba internado. Esa fotografía lejos de atraer al público, provocó un sentimiento de rechazo y de ofensa a la sensibilidad de toda persona normal. En consecuencia la presencia no autorizada ni consentida de un fotógrafo en una situación límite de carácter privado que furtivamente toma una fotografía con la finalidad de ser nota de tapa de la revista Gente y la Actualidad, no admite justificación y su publicación configura una violación al derecho a la intimidad" (considerando 10).

El fallo confirmó las sentencias dictadas en las instancias anteriores, en cuanto impone a la demandada la obligación de indemnizar. De la lectura de sentencia en comentario, queda claro que el concepto de la expresión "sin censura previa" no implica sin responsabilidad civil o penal por las consecuencias del ejercicio del derecho de expresarse libremente. Ello en razón de que los derechos constitucionales no son absolutos, están condicionados de alguna manera por el derecho a la intimidad de las personas, la protección de los derechos de los menores, entre otras circunstancias especiales. La evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema llevó a la elaboración de las doctrinas del reporte fiel y de la real malicia y la aceptación del derecho de réplica, de las que nos ocupamos a continuación.

ii) Información falsa que proviene de una fuente

- *Doctrina del reporte fiel*

En el caso "Campillay"[20] la demanda se inició a raíz de noticias publicadas en diversos diarios de la Capital Federal, según las cuales el actor integraba una banda dedicada al robo y tráfico de estupefacientes.

(20) CSJN, Fallos: 308:789.

Los medios tomaron la información de un comunicado de prensa difundido por la Policía Federal sin citar la fuente. Ante el sobreseimiento definitivo en sede penal Campillay reclamó indemnización de daños y perjuicios en sede civil contra los medios que habían difundido la noticia. Acción que obtuvo sentencia favorable en las tres instancias.

La Corte por mayoría decidió confirmar la condena a los diarios, pues entendió que la garantía constitucional de la libertad de expresión no es un derecho absoluto y los abusos producidos mediante su ejercicio pueden ser objeto de sanción. Estimó que la integridad moral y el honor de las personas también tienen rango constitucional y que la difusión de noticias inexactas demuestran un obrar negligente e imprudente por parte de los titulares de medios de prensa, dado que ello implicó un ejercicio abusivo del derecho de informar, por lo que el propietario del medio de difusión no puede quedar libre de la responsabilidad civil de sus actos (art. 1109 Código Civil).

El fallo expresa textualmente: "El ejercicio prudente de la libertad de prensa imponía propalar la información atribuyendo directamente su contenido a la fuente pertinente, utilizando un tiempo de verbo potencial o dejando en reserva la identidad de los imputados en el hecho ilícito". Las pautas surgidas del fallo Campillay no necesitan ser invocadas en su totalidad, basta con una de ellas para eximirse de responsabilidad ulterior.

iii) Doctrina de la real malicia

En los casos en que la información o noticia es de interés público es decir hace al manejo de la cosa pública, la libertad de prensa adquiere especial valor por su elemental función de control. La doctrina de la real malicia elaborada por la Corte tiene por objeto permitir ese debate público referido a cuestiones institucionales, porque si se les exigiese a los medios que prueben la veracidad de las noticias o informaciones vertidas se les dificultaría seriamente que puedan cumplir con ese importante papel que les cabe en una sociedad democrática. La CS adhiere a esta doctrina en los casos "Morales Solá" y "Pandolfi c. Rajneri". La posición de la Corte se sustenta en la sentencia de la Corte de los Estados Unidos recaída en el caso "New York Times Co vs. Sullivăn" (376 US 254-1964), donde se dispuso la inversión de la carga de la prueba en casos de funcionarios públicos. De tal modo que tratándose de un funcionario o de un tema de interés público, no correspondería indemnización por la publicación en la prensa de informaciones falsas. La excepción estaría dada en la hipótesis en que el afectado pudiera probar la mala fe del informante —no la culpa grave— acerca de la falsedad de la noticia. En el caso "Morales

Solá"[21] la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional revocó la sentencia de primera instancia que había absuelto a Joaquín Morales Solá y lo condenó a 3 meses de prisión en suspenso por considerarlo incurso en el delito de injurias contemplado en el art 110 del Código Penal. Ello como consecuencia de la querella interpuesta por Dante Giadone quien sostenía que su honor había sido lesionado a raíz de un episodio narrado por el querellado en su libro "Asalto a la Ilusión" donde el funcionario quedaba en ridículo ante los miembros del gabinete y del propio presidente.

La mayoría de los jueces de la Corte, al revocar la sentencia condenatoria recaída contra el periodista en la instancia inferior, aplicó la doctrina de la real malicia. Consideró arbitraria la sentencia que condenó por el delito de injurias sobre la base de la afirmación de que el procesado conocía el carácter disvalioso de lo que decía y que debía tener dudas sobre su veracidad. Ello en razón de que en la causa no había pruebas de esas circunstancias. El voto del doctor Boggiano, define los estándares de la doctrina de la "real malicia" expresando que: "se resume en la exculpación de los periodistas acusados criminalmente o procesados civilmente por daños y perjuicios causados por informaciones falsas, poniendo a cargo de los querellantes o demandantes la prueba de que las informaciones falsas lo fueron con conocimiento de que lo eran o con imprudente y notoria despreocupación por su veracidad (...) ello no obsta a que se permita al demandado o al querellado probar que de su parte no ha habido esa desaprensión". Concepto que se completa con lo que manifiesta en su voto el doctor Bossert, en el sentido que la *libertad de expresión no comprende tan solo la tutela de las afirmaciones "verdaderas", sino que se extiende a aquellas que, aun no siéndolo* han sido emitidas de una forma tal que no merecen un juicio de reproche suficiente.

En "Pandolfi, Oscar R. c. Rajneri, Julio R."[22] la Corte estableció que para determinar la responsabilidad civil y penal por las informaciones agraviantes vertidas por la prensa, deben distinguirse dos hipótesis, que sea inexacta y falsa, o bien que pueda considerarse errónea. La información falsa genera, como principio, responsabilidad civil y penal según el bien jurídico afectado. La errónea, en cambio, no origina dicha responsabilidad por los perjuicios causados si el medio periodístico ha utilizado todos los cuidados, atención y diligencia para evitarlos.

(21) CSJN, Fallos: 319:2741, LA LEY, 1996-E, 328, nota de FERNANDO BARRANCOS Y VEDIA.

(22) De fecha 1997/07/01, LA LEY 1997-E, 636, con nota de FERNANDO N. BARRANCOS Y VEDIA - DJ, 1997-3, 162.

La doctrina de la "real malicia" procura lograr un equilibrio razonable entre el ejercicio de la función institucional de la prensa en un régimen democrático y la protección de los derechos individuales que pueden ser afectados por comentarios lesivos a funcionarios públicos, figuras públicas y también particulares que intervienen en cuestiones de interés público, objeto de la información o crónica. En el caso en comentario la doctrina de la "real malicia" se tradujo en la exculpación de un periodista, director de un diario, acusado criminalmente por informaciones falsas, poniendo a cargo del querellante, dirigente de un partido político y diputado nacional, la prueba de que las informaciones se dieron a conocer con conocimiento de que eran falsas o con imprudente y notoria despreocupación sobre si lo eran o no.

En el mismo sentido el voto de Petracchi y de Bossert, resumen la doctrina al sostener que: "Para condenar penalmente por un delito contra el honor al autor de una información que afecta a un funcionario público, encontrándose comprometido un tema de interés general, no basta acreditar el carácter no veraz de aquélla sino que es necesario, como requisito constitucional mínimo, determinar la disposición subjetiva con la cual el agente había actuado respecto de la información que luego se probó como objetivamente no veraz".

En síntesis tratándose de información referida a funcionarios públicos comprometido el interés general, cuando esa información es errónea, no veraz, el ofendido debe probar la disposición subjetiva del periodista consistente en su total desinterés en la veracidad de la noticia o información, a pesar de lo cual, la difunde. La posible combinación de las doctrinas Campillay y de la real malicia en los casos en que el periodista no pueda probar que la información vino de una fuente, lo cual sucederá en todos los casos en que la fuente sea anónima. En ese caso, quien quiera imputar al periodista la comisión de un ilícito deberá acreditar que se publicó la información "con real malicia" en la medida en que se trate de un hecho de interés público y el involucrado sea un funcionario.

En el caso "Bruno" la "Corte Suprema decidió que la publicación de un título asertivo no es suficiente para responsabilizar a la prensa escrita si en el cuerpo del artículo y en las notas posteriores no se imputa asertivamente un accionar delictivo a la persona afectada y se pone en tela de juicio la veracidad de las versiones originadas en fuentes oficiales que el diario se limita a consignar por el interés público de la cuestión debatida"[23].

(23) VENTURA, ADRIÁN, en SABSAY, D. y MANILI, P., *Constitución de la Nación Argentina*, t. I, Hammurabi, Buenos Aires, 2009, p. 427.

e) Derecho de réplica

El art. 14, inc. 1º, de la Convención Americana de Derechos Humanos da un concepto claro de este instituto al expresar que: "Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al publico en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley".

En el inc. 2º reafirma la lógica responsabilidad penal o civil que deberá afrontar el medio que ha emitido informaciones inexactas o agraviantes expresando que: "En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades en que se hubiese incurrido".

En el inc. 3º contiene la exigencia para las empresas de medios de comunicación de tener una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial. Es interesante la evolución de la doctrina de la Corte respecto de la existencia en nuestro derecho del llamado derecho de rectificación, respuesta, o réplica, resistido por los medios de comunicación que lo consideraron una limitación al ejercicio de su derecho de libertad de expresión.

La Corte en los casos "Costa", "Sánchez Abelenda" y "Ekmekdijan c. Neustadt"[24] rechazó la aplicación de este instituto por no estar reglamentado en nuestro derecho interno. La Corte modificó su doctrina en el caso "Ekmekdjian Miguel c. Sofovich Gerardo"[25] haciendo lugar a la respuesta solicitada por el actor, por aplicación del Pacto de San José de Costa Rica. Recordemos que todavía no se había reformado la Constitución. El fundamento del fallo para considerar operativo el Pacto de San José de Costa Rica, en cuyo texto se basa la sentencia, es la aplicación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y de la Opinión Consultiva N° 7 (1986) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Este acuerdo internacional del que Argentina forma parte llevó a la Corte a priorizar las normas de dicho nivel sobre el derecho interno. Por lo cual hasta cabría la interpretación de que le dio una jerarquía superior a la Constitución. Así entendió nuestro Máximo Tribunal que la obligación del Estado de garantizar el derecho de réplica y adoptar las medidas que fueran necesarias también se cumple con el dictado de una sentencia.

---

(24) "Costa", Fallos: 310:508; "Sánchez Avelenda", Fallos: 311:2553; "Ekmekdjian c. Neustadt", Fallos: 311:2487.

(25) Fallos: 315:1492 (1992).

En rigor de verdad, en el caso no existieron informaciones u opiniones en los términos del art. 14 de la Convención sino opiniones que afectaron los sentimientos del actor, por lo que no se trataba de un caso de réplica. Esta cuestión quedó superada con la inclusión de la Convención entre los Tratados de Derechos Humanos, con jerarquía constitucional, art. 75 inc. 22. No cabe duda alguna sobre la aplicación de la referida Convención y por tanto del instituto que nos ocupa.

f) Secreto de las fuentes de información

El art. 43 CN en el párrafo referido a la acción de hábeas data preserva el secreto de las fuentes de información periodística tratando de evitar que la consagración de la acción pueda implicar un desmedro al derecho de información y de prensa enfáticamente tutelados en nuestro ordenamiento constitucional.

En ocasiones, los mismos funcionarios involucrados en los hechos se convierten en las fuentes de los periodistas en asuntos de interés institucional, por lo tanto revelar sus nombres puede hacer peligrar sus cargos con la lógica retracción que ello acarrearía. El derecho a mantener el secreto de las fuentes de información está protegido por los arts. 43 y 14 CN.

g) Internet

Internet es uno de los canales de los que se vale la prensa para hacer circular la información. Pero las transmisiones a través de la red exceden en mucho a las que difunden los medios de comunicación. Por eso, el contenido que fluye a través de Internet puede estar amparado por las normas que se refieren a la libertad de prensa y, también por la más abarcadora tutela de la libertad de expresión.

En rigor, la red representa un desafío para el derecho, por el carácter transnacional o a-territorial, de Internet, que permite cometer conductas en un país cuyos resultados luego repercutirán en otros. Ello como resultado de la deficiente tipificación penal de los delitos cometidos por medio de la red y por la distinta valoración legal y moral de las conductas en los distintos países.

La amplia garantía que brindan las normas constitucionales y supranacionales a la libertad de expresión permite sostener que rige el principio de la "libertad de contenidos" suministrados por la red. Por tanto son aplicables también en relación con este medio de comunicación y de difusión, los arts. 14 CN y 13 del Pacto de San José de Costa Rica que como se ha visto garantizan la libertad, sin interferencias, para buscar y

difundir información por cualquier medio, quedando entonces también incluido Internet.

2. DERECHO DE PROPIEDAD

El derecho de propiedad garantizado en el art. 17 de la Constitución integra el catálogo de derechos fundamentales dentro de nuestro orden constitucional. La consagración de derechos sociales y económicos ha variado la concepción originaria de este derecho y permite la imposición de restricciones que lo armonicen con el interés social. El mencionado artículo tiene su fuente en el art. 18 del proyecto de Constitución de Juan Bautista Alberdi, que lo tituló "De Propiedad", del que tomó casi textualmente su redacción. Constituye una clara manifestación del liberalismo que tuvo como objetivo la protección de la propiedad como una manera de asegurar la libertad del trabajo y sus frutos, para ello debía asegurarse su uso y disposición. Pero esta visión propia del liberalismo decimonónico no podía perdurar y su evolución llevó a una necesaria conciliación con otros intereses de tipo colectivo que pusieron de manifiesto que no existen derechos absolutos y que su relatividad obliga a realizar una examen de razonabilidad que permita conciliar a los intereses en juego en función de su valoración a la luz de las diferentes situaciones que puedan plantearse.

Así, la noción de propiedad privada del constitucionalismo clásico claramente individualista, se bifurcó luego en dos tendencias, una sostenida por la denominada doctrina social de la Iglesia que sin desconocer el carácter de derecho individual le asignó a la propiedad una función social. La encíclica de León XIII, *Rerum Novarum* del año 1891, y luego al celebrarse sus cuarenta años, la *Quadragesimo Anno* de Pío XI, reconocían expresamente la propiedad privada como un derecho natural, pero a su vez establecían claros límites a su contenido en base a consideraciones de tipo colectivo. La doctrina social de la Iglesia repudiaba tanto al marxismo como al capitalismo exacerbado que no permitían una justa distribución de los bienes puestos en la naturaleza para todos los hombres. En el mismo sentido, recuerda Legaz y Lacambra[26], que todo hombre debe tener una propiedad, o lo que es lo mismo la posibilidad de acceso a cierta propiedad.

La otra vertiente en la materia fue la concepción marxista de la propiedad comunitaria de los bienes de producción a través de la cual se conseguiría la supresión de las diferencias de clases y la emancipación del proletariado.

(26) Citado por BIDART CAMPOS, en ob. cit.

El Pacto de San José de Costa Rica en su art. 21 y bajo el rótulo "Derecho a la propiedad privada", establece que toda persona tiene el derecho al uso y goce de sus bienes, pero luego agrega que "la ley puede subordinar tal uso y goce al interés social". Dicha norma, que adquirió jerarquía constitucional con la reforma de 1994, consagra la teoría de la función social de la propiedad, la cual sostiene la necesidad de que el ejercicio de este derecho redunde también en beneficio de la sociedad y no sólo en el de su titular. También tratan sobre el derecho de propiedad otros instrumentos internacionales mencionados en el art. 75, inc 22 CN[27].

La concepción social del derecho de propiedad se reitera en nuestra Constitución en el inc. 19 del art. 75, que dispone que el Congreso debe proveer lo conducente al progreso económico con justicia social, lo que importa la necesidad de que la interpretación del alcance del concepto de propiedad tenga especialmente en cuenta su correlación con lo expresado por el constituyente de reforma en aras del logro del bienestar general. Asimismo, en el inc. 17 del mismo artículo les reconoce a los pueblos originarios la propiedad comunitaria "de las tierras que tradicionalmente ocupan". En este último caso estaríamos frente a un tipo diferente y especial de propiedad la comunitaria, que se condice con los objetivos de la mencionada cláusula consistentes fundamentalmente en la reivindicación de los derechos que les fueran conculcados durante siglos a esas comunidades aborígenes.

Del análisis de la jurisprudencia de la Corte se advierte que el concepto de propiedad en sentido constitucional es más amplio y extenso que el derecho de dominio consagrado en el derecho civil. Así lo ha establecido expresando que alcanza a todos los intereses apreciables que el hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad, los que integran el ámbito del derecho de propiedad[28]. Es interesante destacar el concepto de derecho adquirido acuñado por el Tribunal, que estimó que cuando bajo la vigencia de una ley un particular ha cumplido todos los actos y condiciones materiales y los requisitos formales para ser titular de un determinado derecho, debe considerarse que hay derecho adquirido, porque la situación jurídica general se ha transformado en una situación individual y concreta que, como tal, se hace inalterable y no

(27) Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (art. 5°);Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 16); Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 17).

(28) Fallos: 145:325. En esta sentencia la CSJN manifiesta que "todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones de Derecho privado, sea que nazca de actos administrativos (derechos subjetivos privados o públicos), a condición de que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en su goce, así sea el Estado mismo, integra el concepto constitucional de 'propiedad'".

puede ser suprimida sin agravio del derecho de propiedad consagrado en el art. 17 de la Constitución Nacional ("Aguinaga, Fermín c. Gobierno Nacional", CSJN, 1976/12/28).

a) Situación en nuestro derecho constitucional

Para nuestro derecho constitucional, la propiedad es la propiedad adquirida por un sujeto activo o titular del derecho (una persona física o de existencia ideal) que tiene como sujeto pasivo en principio al Estado pero también a los otros individuos que no deben perturbar el goce del derecho por su titular. En la Constitución histórica de 1853/60 se describe el alcance de este derecho, como aquel que permite "usar y disponer de la propiedad" (art. 14) y se establecen ciertas garantías frente al poder estatal básicamente en el art. 17, "la propiedad es inviolable...". Este énfasis en la consagración del derecho, propio de la concepción liberal que había adoptado, no implicaba para nada la necesidad de que el Estado asegurara el acceso a la propiedad.

Sin embargo, del análisis del texto histórico a partir del Preámbulo (en armonía con el art. 67 inc. 16,) se podía llegar a una interpretación más "social" del concepto de propiedad. No obstante, recién con las modificaciones que introduce la reforma de 1994, (incs. 17 y 19 del art. 75 citados), el Estado deja de ser simple custodio de la propiedad de los que la tienen, para verse obligado a adoptar políticas que les permitan a todos tener por caso la posibilidad de ser propietarios de su vivienda, en los términos del art. 14 bis de la CN que reconoce "el acceso a una vivienda digna", dentro del catálogo de los derechos sociales.

Nuestros representantes deberían hacerse cargo del mandato contenido en las mencionadas disposiciones del art. 75, lo que los llevaría a establecer políticas estatales que posibiliten el acceso a la propiedad por parte de aquellos que no la tienen. Así ha ocurrido por ejemplo en materia de inmigración, la que se ha visto facilitada, gracias a las medidas adoptadas por el Congreso. Bidart Campos afirma que "Las normas constitucionales sobre propiedad y su inviolabilidad en nada obstan a nuestro juicio, para sostener y propugnar que el derecho de propiedad tiene una función social, y que su cumplimiento es exigible razonablemente por el Estado, tanto a favor del Estado mismo —por ejemplo en las cargas fiscales— como en numerosas políticas generales de bienestar general y de desarrollo..."[29].

Si bien no se discute la amplitud del derecho de propiedad y de los derechos adquiridos, el derecho positivo argentino nos demuestra que

(29) BIDART CAMPOS, *Manual de la Constitución reformada*, t. II, Ediar, 1996.

se han impuesto las mayores restricciones, en nombre del bienestar general o de la emergencia[30]. La admisión de esas mayores restricciones debieron, ir acompañadas de un mayor y más intenso control de razonabilidad para que no se viesen alterados los principios y valores constitucionales. El criterio preferido por la Corte Suprema fue el del control más leve de la relación entre medios y fines y, en algunos casos el de la proporcionalidad entre la restricción y el interés general protegido, sobre todo en materia de derechos sociales adquiridos.

b) La inviolabilidad de la propiedad

Los constituyentes originarios declararon en el art. 17 que la propiedad es inviolable con el objeto de darle mayor firmeza, tomaron para ello como precedente a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano[31]. Bien entendido que la CSJN se ha encargado de elaborar doctrina según la cual este derecho no es absoluto, ni está exento de función social.

c) Necesidad de expropiación

Nadie puede ser privado de su propiedad sin que medie el proceso constitucional y legal de expropiación. Este instituto posee requisitos esenciales: una ley declarativa de utilidad pública, indemnización previa y sentencia judicial. Acorde con estas premisas la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el inc. 2º del ya citado art. 21 establece que "ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley".

La ley puede ser nacional o provincial y hasta ordenanza municipal, pero debe cumplir los requisitos formales de toda ley, declarando la utilidad pública, del bien a expropiar, identificándolo o estableciendo los elementos que permitan su exacta identificación.

d) Utilidad pública

El concepto de utilidad pública no ha sido interpretado de la misma manera por la doctrina, en general se aplica un criterio amplio, de con-

(30) Ver Capítulo XII.

(31) "Siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado nadie puede ser privado de ella sino cuando la necesidad pública y legalmente comprobada, lo exige evidentemente, y bajo la condición de una ajustada y anterior indemnización (art. 17).

veniencia, de bienestar general. La ley 21.499[32] expresa en su art. 1°: "La utilidad pública que debe servir de fundamento legal a la expropiación, comprende todos los casos en que se procure la satisfacción del 'bien común', sea éste de naturaleza material o espiritual".

Respecto al objeto a expropiar dice que: "Pueden ser objeto de expropiación todos los bienes convenientes o necesarios para la satisfacción de la 'utilidad pública' cualquiera que sea su naturaleza jurídica, pertenezca al dominio público o privado, sean cosas o no". Esta utilidad pública debe ser el único motivo que lleva a privar a alguien de su propiedad, por lo tanto es importante determinar el alcance del control de constitucionalidad de dicha declaración. Por mucho tiempo la justicia entendió que el control que ella ejerce no alcanzaba a las razones de oportunidad y conveniencia que llevaron al poder político a la decisión de expropiar. Es en el caso "Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires c. Elortondo"[33] fallado el 14 de abril de 1888, donde nuestro Tribunal Supremo, expresa en el considerando vigésimo quinto: "Que aunque se objeta que por la disposición constitucional corresponde entre nosotros al Poder Legislativo y sólo a él, la calificación de la utilidad pública, y que su juicio por tanto, debe ser concluyente y decisivo al respecto, fácil es sin embargo observar desde luego: que tal atribución según se ha sentado ya en el considerando quinto, no puede entenderse derogatorio de los principios fundamentales sobre los que reposa la Constitución y que constituyen la esencia de todo gobierno libre. Que al Congreso, por consiguiente no le es dado en el ejercicio de tal facultad, ni separarse de aquellos principios ni prescindir de las reglas que constituyen la noción fundamental del derecho de expropiación. Que es elemental en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que hallan los Tribunales de Justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con ésta y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderadora, uno de los fines supremos y fundamentales del Poder Judicial nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la Constitución, contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos".

e) Indemnización previa

La Constitución es absolutamente clara en este punto, por lo tanto sería inconstitucional toda ley que estableciera el pago después de la

(32) Ley 21.499, B.O. 1997/01/21.
(33) CSJN, Fallos: 33:162.

transferencia de la propiedad. La indemnización que recibe aquel que por una causa de utilidad ha sido privado de su propiedad deber ser justa e integral, no debe empobrecer ni beneficiar al expropiado, no alcanza los valores que posee para la persona en particular, como por ejemplo, valores afectivos o familiares. Sólo alcanza el resarcimiento del valor económico.

f) Sentencia judicial

Se presentan dos posibilidades para llegar a la expropiación e inscripción de la transferencia de la propiedad en el Registro Público, una es el acuerdo o avenimiento entre las partes y la otra implica la inexistencia de acuerdo por tanto la necesidad del Estado de iniciar y de tramitar ante la justicia, el juicio de expropiación.

3. Los derechos sociales

a) El artículo 14 bis

El art. 14 bis fue el resultado de la reforma constitucional de 1957, cuya labor quedó limitada a la incorporación de esta disposición y a una modificación correlativa que se introdujo en el art. 67, inc. 11 (art. 75, inc. 12, luego de la reforma de 1994), que agrega junto a los demás códigos cuyo dictado es facultad del Congreso al *"del Trabajo y Seguridad Social"*, el que no ha sido sancionado aún. La incorporación de la nueva cláusula junto al catálogo de derechos de rango constitucional, produjo un doble efecto, por un lado se elevaron los derechos sociales y económicos a esa jerarquía; por el otro, significó la inclusión de nuestra Ley Fundamental dentro de la corriente de ideas que caracterizan al movimiento denominado Constitucionalismo social[34], sin olvidar el precedente de la Constitución de 1949. En sus tres párrafos consagra derechos de distinta índole cuya titularidad corresponde a distintos sujetos.

i) Primer párrafo

Protege al trabajador que desarrolla sus tareas en relación de dependencia. El sujeto titular de los derechos que acá se contemplan es el trabajador como persona física. Como consecuencia del principio protectorio tiende a asegurarle garantías mínimas para la preservación de su

(34) Ver al respecto el Capítulo I.

dignidad en la esfera de su actividad profesional. Una sola disposición está referida a las relaciones de empleo público y es la que le garantiza su estabilidad. La inclusión de esta cláusula produjo un arduo debate en la convención, ya que el convencional González Bergez opinó que por la especialidad de las funciones de estos trabajadores no podía regularse su situación conjuntamente con la de los trabajadores del sector privado ya que se requería para ellos un estatuto completo que previera todos los aspectos atinentes a su relación. Destacó que esta categoría de empleados son tanto de la Nación, como de las Provincias y Municipios y que por ende la Constitución no podía disponer sobre su estabilidad pues ello era violatorio de las autonomías provinciales. El criterio prevaleciente estimó que el principio de estabilidad debería quedar en la Constitución para asegurar la garantía y dejarla a salvo de los cambios legislativos[35]. A nuestro entender se optó por una solución correcta en tanto se entendió que se trataba de un contenido fundamental que debía regir en todo el territorio, sin que estuviese sujeto a la opinión de los poderes constituyentes provinciales o locales. Es decir que se le reconoció la calidad de "piso mínimo" no susceptible de ser disminuido a nivel provincial o municipal por aplicación del art. 5° CN.

ii) Segundo párrafo

Consagra derechos cuya titularidad corresponde a los sindicatos (asociaciones gremiales de trabajadores), con lo cual se incorpora como titular de derechos constitucionales una asociación intermedia, característica esencial del movimiento del constitucionalismo social. Por primera vez en nuestro sistema constitucional una persona jurídica es titular de derechos. A los trabajadores que ejerzan la representación sindical se les otorga una protección especial con la finalidad de asegurar su independencia.

A continuación de la fórmula que enuncia el principio de organización sindical libre y democrática, el artículo se ocupa de las entidades que, gozan de status constitucional, es decir los gremios. Su mención tiene por objeto reconocer los derechos considerados como típicamente gremiales, entre los que menciona sólo tres: a) la huelga; b) la concertación de convenios colectivos de trabajo; c) el recurso a la conciliación y el arbitraje. Los demás derechos que pueden rotularse como "gremiales" se derivan del art. 33 CN, dentro de la categoría de implícitos, sin olvidar su consagración en el nuevo derecho internacional de los derechos humanos, que integra nuestro ordenamiento interno.

(35) BAEZA, CARLOS R., *Las reformas de la Constitución Argentina*, Ed AZ, Buenos Aires, 1989, p. 113.

La norma constitucional cuando habla de "gremios", entendemos que alude a "asociación gremial" (o sindical) organizada, siempre que no ejerza el monopolio exclusivo y total de los derechos, porque hay que admitir que puede haber y hay, otros sujetos activos (colectivos e individuales) distintos de las asociaciones con personalidad gremial que están habilitados constitucionalmente para ejercer derechos gremiales[36]. En nuestra Constitución material, la casi totalidad de los sistemas legales que hasta la actualidad, se han sucedido en la materia exhiben discrepancias con el art. 14 bis, porque lejos de institucionalizar la democracia sindical ha consolidado la posición jurídica excluyente o dominante —hasta en el ámbito político— de las asociaciones con personería gremial.

La Corte Suprema en las sentencias "ATE c. Ministerio del Trabajo"[37] y "Rossi, Adriana María c. Estado Nacional, Armada Argentina"[38] ha iniciado el camino hacia la consagración de la libertad sindical reconocida en la cláusula constitucional en comentario y en tratados internacionales, en particular en el ámbito de la Organización Internacional del Trabajo. En el primero de los fallos mencionados declara inconstitucional el artículo 41, inc. a), de la ley 23.551 de asociaciones sindicales que dispone que para ser delegado del personal se requiere "estar afiliado a la respectiva asociación sindical con personería gremial y ser elegido en comicios convocados por ésta". La Corte consideró que esa disposición era contraria al derecho a la libertad de asociación sindical amparado tanto por el art. 14 bis de la Constitución Nacional como por las normas de raigambre internacional —art. 75, inc. 22, CN—, en la medida en que exige que los delegados del personal y los integrantes de las comisiones internas y organismos similares previstos en su art. 40, deban estar afiliados a la respectiva asociación sindical con personería gremial y ser elegidos en comicios convocados por ésta. Expresó la Corte que: "Los términos 'libre y democrática' que menta el artículo 14 bis —a los fines del derecho de sindicalización—, no por su especificidad y autonomía, dejan de ser recíprocamente complementarios, y este orden conceptual se corresponde con la interpretación del Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo y la labor de los órganos de control internacional de la mencionada organización" y más adelante y de manera concomitante sostiene: "Existe una diferencia fundamental entre el monopolio sindical instituido o mantenido por la ley directa o indirectamente, y el que voluntaria y libremente quieran establecer los trabajadores, ya que el primero no debe trascender los límites impuestos por las normas expresas del Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo,

(36) BIDART CAMPOS, G., *Manual de la Constitución Reformada*, t. II, Ediar, Buenos Aires, 1997, p. 185.

(37) CSJN, Fallos: 331:2499.

(38) CSJN, 2009/12/09, LA LEY, 2009/12/21.

el cual, aun cuando manifiestamente no apunta a imponer el pluralismo sindical, sí exige que éste sea posible en todos los casos".

En el segundo fallo profundiza su posición al pronunciarse por la inconstitucionalidad del art. 52 de la misma ley en tanto excluye a la actora del goce de la tutela otorgada por este último a los representantes de asociaciones con personería gremial, por ser representante —presidenta— de una asociación sindical, la cual, no obstante comprender en su ámbito a la relación de trabajo de dicha representante, tiene el carácter de simplemente inscripta y existe otro sindicato con personería gremial en ese ámbito. La Corte manifiesta que "Al limitar a los representantes gremiales de los sindicatos con personería gremial los alcances de la protección prevista en su artículo 52, la ley 23.551, reglamentaria de la libertad sindical constitucionalmente reconocida, ha violentado, de manera tan patente como injustificada, la esfera en que el legislador puede válidamente dispensar determinados privilegios a las asociaciones más representativas, pues, el diferente grado de tutela reconocido a los representantes gremiales, según provengan de sindicatos simplemente inscriptos, por un lado, o con personería gremial, por el otro, mortifica esa libertad respecto de los primeros y de los trabajadores en general, en sus dos vertientes, individual y social". En consecuencia queda sin efecto la sanción disciplinaria que se le había impuesto a la demandante, pese a su carácter de delegada gremial.

ii.1) El derecho de huelga

Es un derecho reconocido sólo a los gremios que se lo ha interpretado en el sentido de que sólo los sindicatos con personería gremial tienen derecho a declarar la huelga luego de agotadas las vías conciliatorias previas y para la defensa de los intereses profesionales. Con lo que quedarían excluidas las huelgas generales decretadas por oposición a las políticas oficiales o las huelgas de un sindicato en adhesión a la medida de fuerza de otro. Es doctrina de la Corte[39] que "La omisión del legislador no priva a los gremios de la posibilidad de emplear los medios previstos por la CN para la defensa de sus intereses profesionales. Pero tampoco priva al Estado del ejercicio de las atribuciones que inviste y que le han sido confiadas con vistas al resguardo de las garantías constitucionales y a la protección y promoción del bien común. Por tanto, el principio de que no hay derechos absolutos (Fallos: 136:161, entre otros muchos), que también puede expresarse diciendo que el derecho de cada uno debe ser conciliado con el de los demás y con las pertinentes facultades estatales

(39) "Font, Jaime y otros c. Estancias y Carnicerías Galli SRL", 1962/10/15, Colección de Análisis Jurisprudencial.

(Fallos: 242:356 y 250:418), lo que justifica el reconocimiento de ciertas limitaciones razonablemente impuestas por la autoridad, como lo son, por ejemplo, las relacionadas con las resoluciones administrativas dictadas durante el curso de una huelga con el objeto de encauzarla. De otro modo, debería admitirse que todo derecho de base constitucional que no se encuentre reglamentado por el Congreso, tiene carácter absoluto o ilimitado, lo cual significaría tanto como consagrar una 'concepción antisocial'" (Fallos: 136:161, 171).

ii.2) Los convenios colectivos de trabajo

Otro de los derechos gremiales contemplados en la norma en análisis, es el de concertar convenios colectivos de trabajo, con las asociaciones de empleadores, un empleador o varios. Parte de la doctrina entiende que el art. 14 bis, le ha reconocido en este campo "poder normativo" a las asociaciones profesionales. Ello, en tanto y cuanto el convenio colectivo ha quedado equiparado al mismo rango que el que poseen las leyes en razón de que establece normas generales y abstractas.

Al respecto cabe considerar en primer lugar, si una vez que el convenio colectivo ha sido homologado por el Ministerio de Trabajo puede una ley posterior dejarlo sin efecto en su totalidad o a alguna de sus cláusulas. Es decir cuál es la relación que se establece entre el convenio y la ley. La CSJN en algunos casos ha equiparado al convenio colectivo con un contrato privado susceptible de ser modificado por ley posterior en razón de la emergencia[40]. Inclusive ha llegado a admitir la derogación de un convenio colectivo por decreto delegado, reconociendo la delegación legislativa a favor del ejecutivo antes de que este instituto fuera incorporado al texto constitucional en 1994[41]. En segundo lugar, se plantea el posible control de constitucionalidad de sus cláusulas. Sobre el particular estimamos que si bien el convenio ha sido homologado por el Ministerio de Trabajo y que por lo tanto goza de presunción de constitucionalidad, ello no impide su revisión de parte de la justicia cuando no cumpliera con el requisito de razonabilidad. Creemos que en la medida que se lo asimila a la ley debe ser tratado en sus consecuencias del mismo modo que esta última y por lo tanto estar sujeto a las mismas relaciones de jerarquía dentro de la pirámide jurídica (art. 31 CN), como así también ser objeto del control de constitucionalidad de sus cláusulas por parte de los jueces.

(40) "Nordensthol, Gustavo c. Subterráneos de Buenos Aires", Fallos: 307:326.
(41) "Cocchia, Jorge c. Estado Nacional", LA LEY, 1994-B, 643.

ii.3) Conciliación y arbitraje

También aparece como derecho de los gremios la obligación de someter los conflictos laborales a la conciliación y el arbitraje. Modalidad cuya aplicación se ha extendido como instancia previa al ejercicio del derecho de huelga. Resulta aplicable al caso el criterio general que establece que cuando hay derechos laborales subjetivos en conflicto, la consideración de la situación no puede serle sustraída total y definitivamente a la decisión de los jueces. Ello en la medida que la ley no puede someter la conciliación o arbitraje a los gremios con carácter obligatorio, sin que ello quede sujeto a revisión judicial.

iii) Tercer párrafo

Consagra los derechos de la seguridad social, rama distinta al derecho del trabajo y que alcanza no sólo a los trabajadores que desempeñan sus actividades en relación de dependencia sino también a los trabajadores autónomos. Aquí aparece como titular de derechos constitucionales otro "grupo intermedio": la familia. La expresión "seguridad social" ha adquirido significado en el mundo del derecho, y se ha reflejado en el constitucionalismo social contemporáneo. La reforma de 1957 la incorporó al texto nuevo, resultando una expresión de la justicia en su más amplia expresión tomando una frase acuñada por la CSJN[42] donde consideró que el contenido de la seguridad social "consiste en ordenar la actividad intersubjetiva de los miembros de la comunidad y los recursos con que ésta cuenta con vistas a lograr que todos y cada uno de sus miembros participen de los bienes materiales y espirituales de la civilización".

El art. 9º del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales[43] reconoce el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social. En la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial[44], entre las obligaciones de los estados parte en orden a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley y particularmente al goce de los derechos que enumera, en su inc. e IV incluye dentro de ellos: "el derecho a la salud pública, la asistencia médica, la seguridad social y los servicios sociales".

(42) "Bercaitz, Miguel Angel s/jubilación", Fallos: 289:430 (1974).
(43) Aprobado por la República Argentina por ley 23.313, B.O. 1986/05/13.
(44) Aprobada por la República Argentina por ley 17.722, B.O. 1968/05/08.

iii.1) Seguro social, las jubilaciones y pensiones y su interpretación

La norma que estamos comentando obliga al Estado a otorgar los beneficios de la seguridad social, integral e irrenunciable. Durante mucho tiempo se tuvo por cierto, sobre la base de la tradición existente en el sistema argentino de la seguridad social, que la cláusula significaba que la concesión de las prestaciones y su pago debían estar a cargo del Estado. También la llamada "privatización" del sistema previsional obligó a repensar la tradicional doctrina que ha interpretado el "otorgamiento de las prestaciones" como obligación intransferible del Estado.

Podría entenderse que "otorgar" también significa "organizar" el sistema mediante ley y controlarlo, dejando a cargo de entidades no estatales la concesión y el pago de los beneficios.

Bidart Campos[45] manifiesta que el art. 14 bis vertebra el sistema de la seguridad social a tenor de un eje que requiere: a) la protección y garantía del Estado; b) la movilidad de los beneficios; c) el respeto de los derechos adquiridos que se resguardan en la inviolabilidad de la propiedad del art. 17. Las fórmulas normativas que dicen: "el Estado otorgará y la ley establecerá" marcan una operatividad análoga a las cláusulas de la primera parte del art. 14 bis y por eso obligan al Congreso inmediatamente sin dejarle opciones temporales dilatorias, de modo que la mora legislativa traduce después de un lapso razonable, inconstitucionalidad "por omisión".

iii.2) La movilidad de las prestaciones jubilatorias

A fin de abordar el tema hemos de analizar la interpretación de la Corte Suprema de Justicia en los casos "Chocobar", "Sánchez, María del Carmen c. ANSES s/ reajustes varios" y la sentencia de la Corte Interamericana en el caso "Cinco Pensionistas c. Perú".

- "Chocobar"

En el caso "Chocobar, Sixto c. Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos"[46] cuyo voto minoritario como luego veremos, cita la mayoría en "Sánchez", se debatió si el sistema de movilidad impuesto por los arts. 49 y 53 de la ley 18.037 resultaba operativo tras la sanción de la ley 23.928 que adoptó una postura "nominalista" vedando todo sistema de actualización monetaria, indexación o reajus-

(45) Ob. cit.
(46) DT, 1997-A, 596.

te. En este pronunciamiento la CSJN por mayoría —voto de los ministros Nazareno, Moliné O'Connor, López, Boggiano y Vázquez— interpretó que el art. 7° de la ley 23.928 había dejado sin efecto el mecanismo de movilidad jubilatoria creado por la ley 18.037 sin que ello importara la violación de la garantía constitucional reconocida por el art. 14 bis CN.

Mientras que los ministros Belluscio, Petracchi, Bossert y Fayt, en minoría, expresaron que las jubilaciones y pensiones no constituyen una gracia o un favor concedido por el Estado, sino que son consecuencia de la remuneración que percibían los sujetos como contraprestación laboral y con referencia a la cual efectuaron sus aportes y como débito de la comunidad por dichos servicios, por lo que una vez acordadas configuran derechos incorporados al patrimonio y ninguna ley posterior podría abrogarlos más allá de lo razonable, pues encuentran como valla infranqueable expresas garantías de orden constitucional; siendo la movilidad otorgada un derecho adquirido, y avalado por el art. 14 bis.

- "Sánchez"

La Corte Suprema en el caso "Sánchez"[47] ha cambiado la doctrina anterior sentada en el fallo "Chocobar" tomando en gran parte los argumentos de la minoría en esta última causa. En tal sentido los doctores Petracchi, Belluscio, Fayt, Highton de Nolasco, y Lorenzetti, coinciden en que la cuestión en debate debe ser resuelta conforme la posición adoptada por la minoría en el caso "Chocobar" ya que debe rechazarse toda inteligencia restrictiva de la obligación del Estado de otorgar jubilaciones y pensiones móviles. El fallo (voto mayoritario) incursiona en el tema de las políticas de Estado al decir que el Estado debe promover mediante *acciones positivas el ejercicio y goce de los derechos fundamentales reconocidos por los tratados internacionales, en particular, en beneficio de* los ancianos. Pone de resalto la obligación de asegurar la movilidad de las jubilaciones y pensiones, resultando su incumplimiento un despojo a los pasivos privándolos del haber previsional de la naturaleza esencialmente sustitutiva de las remuneraciones que percibía el trabajador durante su actividad laboral.

Como consecuencia del carácter integral de los beneficios de la seguridad social y de su estrecha relación con las prestaciones aseguradas al trabajador, el fallo pone el acento en la necesidad de mantener una proporción justa y razonable entre el haber de pasividad y la situación de los activos. Expresa también el voto que la consideración de los recursos disponibles de cada Estado constituye una pauta que debe evaluar cada

(47) S.2758.XXXVIII, "Sánchez, María del Carmen c. ANSES s/reajustes varios", 2005/05/17.

país al momento de establecer nuevos o mayores beneficios, pero que ello no autoriza a desconocer o retacear los derechos vigentes. En el caso se tuvo en cuenta que la ley 18.037 se hallaba plenamente vigente a la fecha de la sanción de la ley 23.928 y sólo fue derogada por la ley 24.241, no pudiendo entenderse que la ley 23.928 tuviera por objeto modificar el régimen de movilidad jubilatoria[48]. La ley de convertibilidad no alcanzó a las remuneraciones de los activos, por el contrario registraron variables significativas, es así que no se justifica retacear los ajustes jubilatorios impuestos por el art. 53 de la ley 18.307, que fueran mantenidos por el art. 160 de la ley 24.241, hasta su derogación por ley 24.463.

Esta doctrina da luego lugar al dictado de la sentencia "Badaro"[49] que recae frente a la demanda interpuesta por un jubilado que percibía un haber superior a $ 1000 y por ello persigue obtener un aumento de su prestación provisional. La Cámara confirmó la nueva determinación del haber inicial y su ajuste hasta el 31 de marzo de 1991, pero modificó la movilidad posterior de acuerdo con los precedentes de la Corte "Sánchez" y "Heit Rupp". La Corte hizo lugar al recurso extraordinario deducido por el actor, revocando la sentencia apelada. Así expresó que "La ausencia de aumentos en los haberes previsionales de $ 1000 o superiores no se compadece con un sistema válido de movilidad desde que la garantía consagrada en el art. 14 bis de la Constitución Nacional tiene como finalidad acompañar a las prestaciones en el transcurso del tiempo para reforzarlas a medida que decae su valor con relación a los salarios de actividad". Asimismo criticó la política de otorgar incrementos sólo a los haberes previsionales más bajos en tanto trae como consecuencia el achatamiento de la escala de prestaciones y provoca que quienes contribuyeron al sistema en forma proporcional a sus mayores ingresos se acerquen cada vez más al beneficiario mínimo, poniendo en igualdad de condiciones a los que efectuaron aportes diferentes y quitándoles el derecho a cobrar de acuerdo con su esfuerzo contributivo. Consideró que la creación por decreto de un suplemento por movilidad del 10 % para los haberes previsionales inferiores a $1000 con el propósito de atender en primer lugar las necesidades más urgentes, no puede llevar a convalidar una postergación indefinida de aquellos jubilados que no se encuentran en el extremo inferior de la escala de haberes. Por último expresó un estándar fundamental en la materia al establecer que: "La movilidad del haber previsional no es un reajuste por inflación, sino que constituye una previsión con contenido social referida a la índole sustitutiva de la prestación jubilatoria, para lo cual es necesario que su cuantía mantenga una proporción razonable con los ingresos de los trabajadores". 5 - El

(48) Considerando 7 de la sentencia.

(49) CSJN, "Badaro, Adolfo Valentín c. Administración Nacional de la Seguridad Social", Fallos: 329:3089.

art. 14 bis de la Constitución Nacional garantiza la movilidad de las jubilaciones dejando librada a la prudencia legislativa la determinación del método, pero tal reglamentación debe ser razonable y no puede desconocer el derecho de los beneficiarios a una subsistencia decorosa y acorde con la posición que tuvieron durante su vida laboral. En consecuencia, consideró que más allá de la violación al mencionado artículo que esto trae aparejado no es el Poder Judicial quien está habilitado para fijar la movilidad, en base a las consideraciones de orden general que esto implica manifiesta que es al Legislativo a quien le compete el ejercicio de esta atribución.

- *"Cinco Pensionistas c. Perú"* (50)

Es interesante la solución dada al caso conocido como "Cinco Pensionistas c. Perú" por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 28 de febrero de 2003. En esta causa cinco pensionistas peruanos impugnaron el acto administrativo por el que se varió el mecanismo de movilidad de sus haberes. La Corte en una sentencia perfectamente aplicable a los casos mencionados de nuestro país, deja sentados los fundamentos por los cuales el Estado no puede lesionar derechos adquiridos y en caso de hacerlo debe restablecer la situación anterior e indemnizar por todos los daños ocasionados a las víctimas para la defensa en el ámbito judicial de sus derechos. En el caso, los afectados promovieron ante el incumplimiento, acciones de amparo que fueron resueltas favorablemente por los tribunales. Ante el incumplimiento del Estado Peruano, los perjudicados recurren a la Corte Interamericana, la que con muy buenos fundamentos declara la responsabilidad del gobierno, por violación a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Las presuntas víctimas, fueron cambiadas de régimen jubilatorio por una decisión del gobierno, el decreto-ley 25.792, del 14 de octubre de 1992 que transfirió la recaudación y la atención de las pensiones que correspondía pagar a la Superintendencia de Banca y Seguros al Ministerio de Economía y Finanzas. Este cambio hizo perder a los afectados un 75 % de su pensión nivelada, derecho adquirido previo al dictado decreto-ley mencionado. A pesar de las sentencias que ordenaron a la SBS y al MEF el pago de los importes en relación a la retribución del personal en actividad, ambos organismos se atribuían responsabilidad recíprocamente pero ninguno acataba las decisiones judiciales. Recién el 18 de marzo de 2002 la SBS pagó a los cinco pensionistas las cantidades correspondientes a los reintegros de los montos de las pensiones niveladas dejados de percibir desde noviembre de 1992 hasta febrero de 2002. Son interesantes por su aplicación a nuestro derecho interno los fundamentos en los que

(50) LA LEY, 2003-D, 454, con nota de GERMÁN GONZÁLEZ CAMPAÑA.

la Corte Interamericana admitió el argumento de la violación al derecho de propiedad. En el caso de las pensiones los Estados pueden reducirlos únicamente por la vía legal adecuada y por razones de utilidad pública e interés social, mediante leyes promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática. Consideró que *en el caso el derecho a pensión nivelada era un derecho adquirido*, entendiéndose por tales "aquellos que han entrado en nuestro dominio y de los cuales ya no puede privarnos aquel de quien los tenemos". En el caso la administración cambió, sin un procedimiento adecuado los términos de su interpretación de las normas que regulaban la pensión de las cinco presuntas víctimas y después desconoció las decisiones judiciales que ordenaron el pago de las pensiones niveladas. En relación con el artículo 26(51) de la Convención, la Comisión alegó que el Estado violó dicho artículo, ya que el decreto-ley constituyó un retroceso no justificado respecto al grado de desarrollo del derecho a la seguridad social que habían alcanzado las víctimas conforme la norma anterior bajo cuya vigencia habían adquirido sus derechos. Esa medida ha violado el principio *"pro homine"*, establecido en el art. 29. b) de la Convención y el principio de progresividad establecido en el art. 26 por el cual "no puede ser socavado bajo el pretexto de falta de recursos económicos, mucho menos cuando se trata de grupos vulnerables de la población como es el de los jubilados y pensionados". Así consideró que la disminución de los montos jubilatorios es una medida regresiva. *Con respecto a las violaciones a la convención* que han producido un daño, la Corte Interamericana dispuso se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados, se reparen las consecuencias de la medida y se pague una justa indemnización. En el caso la Corte decidió por unanimidad que el Estado violó la propiedad privada (art. 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) el derecho a la protección judicial (art. 25(52) de la misma Convención), e incumplió las obligaciones generales en relación con los derechos sustantivos.

(51) "Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles por vía legislativa u otros medios apropiados".

(52) "Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales...".

Ya en la parte resolutiva, estableció que las consecuencias patrimoniales que se derivan de las violaciones mencionadas deben ser reparadas, que el Estado debe pagar a las víctimas los montos que establece como reparación del daño inmaterial y las costas devengadas por la tramitación de los juicios en sede interna e internacional. Ha quedado establecido que las presuntas víctimas tienen un derecho adquirido al pago de una pensión y más precisamente a una pensión cuyo valor se nivele con la remuneración percibida por las personas que estén desempeñando las mismas o similares labores a aquellas que ejercía el beneficiario de la pensión en el momento de retirarse del cargo.

b) El artículo 14 bis y la reforma de 1994

Como ya hemos advertido la reforma constitucional de 1994 con la modificación del artículo 75 que regula las facultades del Congreso, ha agregado cláusulas (en particular en los incisos 17, 19, 22 y 23) que resultan complementarias de las disposiciones de la parte dogmática. En lo que respecta al art. 14 bis, cabe señalar su confluencia con el inc. 19 del art. 75, que establece una serie de metas que deben guiar la labor legislativa, muchas de las cuales están directamente relacionadas con la dimensión social de las personas.

Se establece que el Congreso deberá "proveer lo conducente al desarrollo humano", cláusula que se relaciona con la concepción originaria de nuestra Constitución, que en su preámbulo establece como uno de los fines del Estado argentino el de "*promover el bienestar general*". Más adelante desarrollaremos la voz "*desarrollo humano*" que como veremos alude al concepto de sustentabilidad que importa una nueva relación entre los campos económico, ambiental y social.

El segundo párrafo del inc. 23 del art. 75 CN, agrega al régimen de *seguridad social la protección del niño y de la madre desde el embarazo, completando de esta forma las disposiciones del tercer párrafo del artículo 14 bis*. Así resulta notoria la ampliación del "techo ideológico" de nuestra Ley Fundamental, como se expresa en el Capítulo I.

Es indudable que la reforma de 1994 ha ratificado el carácter social de nuestra CN y consecuentemente, las responsabilidades que tal concepción atribuye al Estado. Las reformas emprendidas en materia laboral y de seguridad social, deben realizarse en base a este mandato constitucional y cumplir con los principios de legalidad y razonabilidad consagrados en nuestra Constitución. Los derechos sociales deben ser reglamentados por ley del Congreso y es potestad de este órgano determinar la extensión y contenido de los mismos.

Los criterios tradicionales de nuestro derecho privado del trabajo para la fijación de la indemnización (remuneración percibida y antigüedad en el empleo), pueden ser sustituidos por otros, siempre que constituyan una auténtica protección contra el despido injustificado y no resulten el cumplimiento meramente formal del mandato constitucional.

4. LOS DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA

Tal como ha quedado dicho en el Capítulo VIII los derechos de incidencia colectiva constituyen la tercera generación de derechos y se corresponden con una nueva etapa del derecho constitucional. Nuestro derecho constitucional positivo los ha consagrado primero en los textos provinciales y a partir de 1994 en la Ley Fundamental de la Nación. En efecto, así ocurre en el nuevo capítulo de la parte dogmática titulado "nuevos derechos y garantías" en el que se desarrollan el derecho a un ambiente sano (art. 41 CN) y los derechos de los consumidores y usuarios (art. 42 CN). A su vez en el art. 43, 2º párrafo se constitucionaliza un tipo especial de amparo, el denominado "colectivo", cuya finalidad es garantizar el pleno goce de los mencionados derechos y de los "*de incidencia colectiva en general*", como los designa (ver Capítulo XI).

En el presente acápite analizaremos los dos derechos de la tercera generación expresamente incorporados, de manera sucesiva.

a) El derecho a un ambiente sano

i) La sustentabilidad del desarrollo

La preservación del medio ambiente resulta posible cuando se armoniza con el concepto de desarrollo. El nuevo concepto incluirá la variable ambiental. Así el límite a toda acción de desarrollo estará dado por la no afectación del ambiente, dentro de parámetros previamente establecidos. Esta posición es la que da nacimiento a la noción de desarrollo sustentable.

Este objetivo demanda enormes esfuerzos para su puesta en práctica. Su aplicación obliga a un trabajo conjunto de los gobiernos y las sociedades y dentro de éstas de los distintos sectores que las componen, a efectos de corregir errores, cambiar actitudes, ajustar conductas. Cada sector deberá ceder algo de su propio interés, ese algo podrá consistir para un industrial en controlar los procesos de fabricación de modo que su actividad no sea contaminante, para un productor forestal en reponer los árboles que tala dentro de determinadas proporciones, para un ca-

zador en renunciar a atrapar determinadas especies, para un ciudadano común en contribuir en cada una de sus acciones a evitar que se acentúe la contaminación.

Además cada obra, actividad, acción que se emprenda, deberá ser efectuada teniendo en cuenta que ellas no produzcan determinado tipo de consecuencias negativas para el medio ambiente. Dichas consecuencias no se limitan a nuestra realidad actual, sino que deben considerar también a los futuros habitantes del planeta. La protección del planeta es una deuda que todos tenemos para con las generaciones futuras. El carácter intergeneracional es una de las características que presenta la protección del medio ambiente y en particular su vinculación con el desarrollo. Su formulación plantea uno de los dilemas más acuciantes de la época actual, cual es el de asegurar posibilidades de supervivencia a nuestros descendientes.

Por ello: la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y Desarrollo creada por las Naciones Unidas (Comisión Brundtland) dijo en su informe, "Nuestro Futuro Común", en 1987: "Que el desarrollo para ser sustentable debe asegurar que satisfaga las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para satisfacer las propias". De acuerdo a las ideas que estamos planteando, existe una responsabilidad de preservar el medio ambiente para las generaciones futuras, de modo de asegurarles un nivel de vida digno. Para ello se debe hacer frente a los desbordes de un avance tecnológico desenfrenado y cuidar también el crecimiento vegetativo de la población. Estos conceptos quedaron planteados en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente que tuvo lugar en Estocolmo en 1972. En esta conferencia se definió el concepto de derecho humano de tercera generación de la siguiente manera:

"El hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, y a la igualdad, dentro de condiciones de vida satisfactorias, en un ambiente cuya calidad le permita vivir en dignidad y bienestar. Asimismo, tiene el deber fundamental de proteger y de mejorar el ambiente para las generaciones presentes y futuras".

Y la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo —ECO92—, entre los veintisiete principios que la misma contiene, determinó:

"*Principio 3* - El derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras.

Principio 10 - El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con las participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así, como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos.

Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes".

Dado que el tratamiento compartido asegura medidas más adecuadas, para encontrar consensos se debe buscar el modo de compartir el tratamiento de estas cuestiones. A tal fin se deben concretar los canales de participación más adecuados a esos efectos. La materia ambiental y la gestión de los recursos naturales han permitido, a lo largo de las últimas décadas, una cada vez más importante presencia ciudadana en todas las decisiones que atañen a estas dos cuestiones. La legislación y las prácticas de las democracias más desarrolladas así lo demuestran. Esto ha sido posible gracias a un rol muy activo de los sectores independientes, emprendido por organizaciones no gubernamentales.

Con la consagración del derecho al ambiente sano, a partir de la década del '60 en el siglo pasado, nace la tercera generación de derechos, la que viene a sumarse a las dos precedentes —individuales y sociales—. Estos centran su enfoque, en el entorno en el cual debe transcurrir la vida humana a partir de una proyección *ad infinitum* que obliga a todos por igual, en aras al logro de la equidad intergeneracional.

Como consecuencia de ello, el derecho constitucional incorpora al plexo de la Ley Fundamental un nuevo derecho humano, que reconoce al hombre el acceso a un medio ambiente sano y equilibrado. Disposición esta última que con distintas redacciones, aparece en todas las Constituciones del mundo desde la década del setenta y que ha sido receptada en todas las nuevas Constituciones de las provincias argentinas que surgen a partir de principios de 1986. Esta cláusula tiene numerosísimas consecuencias en el campo del derecho y del gobierno de las sociedades modernas. Por un lado, importa para el Estado la necesidad de asegurar las condiciones ambientales que les permitan a las personas gozar de este derecho. Por otro lado, les confiere a ellas un espacio mayor en el gobierno de los asuntos comunes, a través de nuevas formas de participación y de un cierto número de garantías que como la de acceso a la información

pública, necesitan de la participación y el control en la toma de las decisiones públicas por parte de los habitantes.

ii) Principales reformas en el derecho público argentino nacional y provincial

- Reconocimiento constitucional de la protección del medio ambiente.
- Incorporación del concepto de desarrollo sustentable.
- Defensa de intereses difusos, bajo distintas modalidades.
- Reconocimiento del derecho de libre acceso a la información pública.
- Nueva modalidad para el reparto de competencias Nación-Provincias (art. 41, 2° párrafo, CN).
- Reconocimiento explícito a las provincias del dominio originario de los recursos naturales situados en su territorio (art. 124, *in fine*, CN).
- Incorporación de institutos de la democracia participativa.
- Modificación de la jerarquía de los tratados internacionales dentro de la pirámide jurídica del derecho argentino (art. 75, inc. 22, CN).
- Régimen especial para los tratados de integración.
- Nuevas facultades provinciales en materia de regionalización y de celebración de tratados internacionales.
- Fortalecimiento de la descentralización territorial, en el nivel municipal.
- Municipios de carta o convención en varias Constituciones provinciales.
- *Institutos propios a la democracia participativa, como audiencias* públicas, evaluación de impacto ambiental, etc., en numerosas Constituciones provinciales y cartas orgánicas municipales.
- Profundización de un modelo de federalismo de "concertación" como herramienta para la construcción de consensos interjurisdiccionales en materia ambiental y de desarrollo sustentable.

iii) El desarrollo humano como valor

El art. 41 citado, en su primer párrafo consagra el derecho humano al medio ambiente al que califica de sano, equilibrado. Al mismo tiempo se fija un objetivo en el tiempo —la satisfacción de *"las necesidades (...) de las generaciones futuras"*— que pone de manifiesto la incorporación de la noción de desarrollo sostenible que hoy en día ubica a la variable ambiental como necesaria en la toma de toda decisión que haga al desenvolvimiento de una comunidad organizada. En la Constitución se habla de actividad productiva, en realidad se apunta a un tipo de modelo de desarrollo que haga viable la vida en el planeta en el presente y en el futuro. Este es el sentido que tanto la Declaración de las Naciones Unidas en la Conferencia de Estocolmo en 1972, como la estrategia de la Unión Internacional para la Naturaleza le dan a la expresión.

El valor desarrollo humano funciona como centro de confluencia, ya que para que su vigencia quede asegurada es preciso que operen diversos componentes. En efecto, se logra cuando se armonizan ciertas notas objetivas y subjetivas que en su conjunto hacen posible el desenvolvimiento de la existencia en un marco de igualdad y de dignidad. Para saber cuando impera este valor, deben tenerse en cuenta las circunstancias fácticas diferentes de cada situación particular. Dadas dichas particularidades se podrá determinar si en el caso bajo examen se está efectivizando una dinámica que permita precisamente observar con claridad todo cuanto denota el término desarrollo humano.

Para conceptualizar la voz desarrollo humano, hay que partir de la idea de evolución, de progresión hacia un "techo" de las condiciones de vida que se va elevando y que debe concretarse en la satisfacción de aquellas necesidades que hacen a la igualdad y a la dignidad de la existencia humana, a través de la calidad de vida que surgirá de las condiciones del entorno en que la misma transcurre. La Constitución reformada utiliza la expresión desarrollo humano en los incs. 17, 19 y 23 del art. 75. En este último caso el constituyente con referencia a los "pueblos indígenas argentinos". Allí, la voz se relaciona con la determinación del quántum de las tierras que les deberían ser entregadas o devueltas a las comunidades indígenas. Mientras que en las otras dos cláusulas es una pauta a considerar al momento de definir las acciones gubernamentales encaminadas a asegurar el progreso de la comunidad.

En la parte dogmática la expresión sólo aparece incluida en uno de los artículos del capitulo segundo, *"nuevos derechos y garantías"*. Es en el art. 41 en el que se consagra el derecho de todos los habitantes *"a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin compro-*

meter las de las generaciones futuras...". Por lo tanto, el desarrollo humano para el constituyente equivale a desarrollo sustentable. Se trata de un modelo de desarrollo en el que confluyen las variables ambiental, económica, social y cultural. Es una temática transversal que implica la consideración conjunta de la cuestión ambiental y de su protección y de todo lo atinente a la producción para el desarrollo de una comunidad[53].

iv) Participación y desarrollo sustentable

Para el logro del desarrollo sustentable, en los términos expresados en el párrafo anterior se han de combinar desde lo institucional las estructuras gubernamentales y de la participación de la comunidad en la toma de decisiones públicas. Por tanto es necesario modificar los esquemas existentes en las democracias representativas tradicionales, incorporando institutos que posibilitan la intervención de los gobernados en la toma de las decisiones susceptibles de alterar el ambiente.

Este nuevo ámbito de los derechos, puso de manifiesto la necesidad de la participación a fin de adaptar el sistema de la democracia representativa a la nueva situación planteada. La llamada democracia participativa incorpora canales de relación permanente entre gobernantes y gobernados. Con lo cual la actuación conjunta permite que las decisiones sean más razonadas, que sean el producto de un mayor consenso, que se conozcan mejor, todo lo cual facilita su cumplimiento. Por otro lado, permite que se transparente la actuación del gobierno, evitándose de manera efectiva gran parte de los comportamientos corruptos. Asimismo, ante la aparición de conductas reprochables se facilita la asunción de responsabilidades y eventualmente la aplicación de sanciones.

La legislación y las prácticas de las democracias más desarrolladas demuestran que la materia ambiental y la gestión de los recursos naturales han permitido, a lo largo de las últimas décadas, una cada vez más importante presencia ciudadana en todas las decisiones que atañen a estas dos cuestiones. Esto ha sido posible gracias a un rol muy activo de la sociedad civil, liderado en gran parte por organizaciones no gubernamentales.

v) Federalismo y ambiente

La problemática ambiental encaminada al desarrollo sustentable requiere de una articulación particular entre niveles de gobierno. La CN

(53) SABSAY, DANIEL A., *El valor desarrollo humano*, en *Los valores en la Constitución Argentina*, Coordinadores: GERMÁN J. BIDART CAMPOS y ANDRÉS GIL DOMÍNGUEZ, Ediar, Buenos Aires, febrero 1999, ps. 269/280.

en el párrafo 3° del art. 41 resuelve la cuestión en los siguientes términos: "*Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales*". El planteo teórico de la cuestión resulta sencillo no lo es transformar en normas el programa constitucional. Se plantea la dificultosa línea divisoria entre las potestades nacionales y las provinciales, para cuya determinación debe existir una base consensuada de solución entre niveles de gobierno. A poco de efectuada la reforma consideramos que la reglamentación del art. 41 CN, no podía concretarse en una única norma ya que no se trataba de una nueva materia a codificar. Este no ha sido el deseo del constituyente, de lo contrario hubiese incluido a la materia ambiental entre los códigos del art. 75, inc. 12.

La Ley General del Ambiente 25.675[54] (de presupuestos mínimos) contempla una serie de instrumentos para la obtención de los objetivos que establece, los que de manera directa o indirecta hacen a la implementación de una democracia participativa. De esta manera se completan los cometidos establecidos para las autoridades por el constituyente de reforma en el art. 41, segundo párrafo. En adelante "*todo habitante podrá obtener de las autoridades la información ambiental que administren y que no se encuentre contemplada legalmente como reservada*"[55]; el párrafo anterior les reconoce este derecho a "*las personas físicas y jurídicas, públicas o privadas*". Asimismo, el art. 19 de la LGA en el capítulo titulado: "*Participación ciudadana*" establece que "*toda persona tiene derecho a ser consultada y a opinar en procedimientos administrativos que se relacionan con la preservación y protección del ambiente, que sean de incidencia general o particular, y de alcance general*". En otras de las disposiciones se impone la necesidad de acudir a estos procedimientos de "consultas o audiencias públicas" para autorizar actividades que "*puedan generar efectos negativos y significativos sobre el ambiente*". También deberán asegurarse estas instancias, según el legislador, "en los procedimientos de evaluación del impacto ambiental y en los planes y programas de ordenamiento ambiental del territorio".

El acceso ampliado a la justicia para la protección del ambiente[56] actúa como complemento de esta nueva forma de vivir la democracia. En tal sentido la reforma constitucional avanza con la creación del llamado "amparo colectivo", tema desarrollado en el Capítulo XI al cual remitimos. La LGA ya citada, establece un esquema a fin de dar solución a esta

(54) Adla, Bol. 32/2002, p. 2.
(55) Art. 16, 2° párrafo LGA.
(56) Art. 16, 2° párrafo LGA.

cuestión. En efecto, "es una ley marco en materia de presupuestos mínimos de protección ambiental, que el Congreso ha sancionado en virtud del mandato del tercer párrafo del art. 41, reúne en su texto aspectos básicos de la política ambiental nacional, en consonancia con diversas contribuciones de la comunidad jurídica y de la sociedad en general. La norma abreva en nuestra organización federal, considerando el concepto de presupuesto mínimo y su determinación en virtud de la distribución de competencias Nación-Provincias, proveyendo por ende el andamiaje institucional básico sobre el cual deben sancionarse e interpretarse las leyes sectoriales de presupuestos mínimos. Asimismo, plantea los objetivos, principios e instrumentos de la política ambiental nacional, que se constituyen como criterios y herramientas fundamentales para que las autoridades legislativas provinciales, y administrativas de los diversos niveles de gobierno puedan ejercer el poder de policía ambiental, y la comunidad regulada y la sociedad civil participen en los procesos de toma de decisión.

La norma también dedica un capítulo al daño ambiental *per se*, una temática considerada en otro párrafo del art. 41 (1° *in fine*), incorporando elementos que podrán ser sumamente útiles para los jueces y magistrados y la comunidad en general. La ley adopta el esquema de norma marco y deja de lado el recurso a la elaboración de un Código. Esto queda claro a partir de la definición de presupuesto mínimo como *"... toda norma que concede una tutela ambiental uniforme o común para todo el territorio nacional y tiene por objeto imponer condiciones necesarias para asegurar la protección ambiental (...) debe prever las condiciones necesarias para garantizar la dinámica de los sistemas ecológicos, mantener su capacidad de carga y, en general, asegurar la preservación ambiental y el desarrollo sustentable"*[57].

La LGA crea el Sistema Federal Ambiental cuyo objetivo es la coordinación de la política ambiental a escala regional y nacional en aras del *logro del desarrollo sustentable, considerando como ámbito sine qua non al COFEMA (Consejo Federal de Medio Ambiente). En este sentido* la norma no sólo señala al mismo como el contexto básico de coordinación de políticas, sino que también instruye al Poder Ejecutivo Nacional a que proponga a la Asamblea del COFEMA, el dictado de recomendaciones o resoluciones, según corresponda, *"... para la adecuada vigencia y aplicación efectiva de las leyes de presupuestos mínimos, las complementarias provinciales, y sus reglamentaciones en distintas jurisdicciones..."* (art. 24).

(57) Art. 3° ley 25.675.

De conformidad con la facultad que le concede la Constitución luego de la reforma la Nación ha dictado las siguientes leyes de presupuestos mínimos en materia ambiental:

- Ley 25.675 - Ley General del Ambiente.
- Ley 25.612 - Gestión Integral de Residuos Industriales y de Actividades de Servicios.
- Ley 25.831 - Régimen de libre acceso a la información pública ambiental.
- Ley 25.670 - Presupuestos Mínimos para la Gestión y Eliminación de los PCBs.
- Ley 25.688 - Régimen de Gestión Ambiental de Aguas.
- Ley 25.916 - Gestión de Residuos Domiciliarios.
- Ley 26.331 - Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental de los Bosques Nativos.
- Ley 26.418 - Protección de Glaciares (vetada totalmente por el PEN), luego se promulga la ley 26.639 sobre la misma temática.
- Ley 26.562 - Protección Ambiental para Control de Actividades de Quema en todo el territorio nacional.

vi) Interpretación judicial

La CSJN se ha manifestado en varias oportunidades sobre esta cuestión y ha fijado los principales estándares en materia de distribución de competencias, orden público ambiental, responsabilidad por daño ambiental, entre otros temas.

- *Caso "Roca Magdalena c. Provincia de Buenos Aires"*[58]

Es la primera de las sentencias, en el marco de una acción de inconstitucionalidad interpuesta contra la ley de la Provincia de Buenos Aires 11.366[59], de homologación de un Convenio para la construcción de un murallón ribereño con el Río de La Plata. La Corte Suprema sostuvo en esa ocasión que son "las autoridades administrativas y judiciales del Es-

(58) CSJN, "Roca, Magdalena c. PBA s/inconstitucionalidad", R 13. XXVIII - 94.142, JA, 1995-IV-64; LA LEY, 1996-B, 137, con nota de WALSH, JUAN RODRIGO.

(59) Adla, LIII-A, 803.

cuestión. En efecto, "es una ley marco en materia de presupuestos mínimos de protección ambiental, que el Congreso ha sancionado en virtud del mandato del tercer párrafo del art. 41, reúne en su texto aspectos básicos de la política ambiental nacional, en consonancia con diversas contribuciones de la comunidad jurídica y de la sociedad en general. La norma abreva en nuestra organización federal, considerando el concepto de presupuesto mínimo y su determinación en virtud de la distribución de competencias Nación-Provincias, proveyendo por ende el andamiaje institucional básico sobre el cual deben sancionarse e interpretarse las leyes sectoriales de presupuestos mínimos. Asimismo, plantea los objetivos, principios e instrumentos de la política ambiental nacional, que se constituyen como criterios y herramientas fundamentales para que las autoridades legislativas provinciales, y administrativas de los diversos niveles de gobierno puedan ejercer el poder de policía ambiental, y la comunidad regulada y la sociedad civil participen en los procesos de toma de decisión.

La norma también dedica un capítulo al daño ambiental *per se*, una temática considerada en otro párrafo del art. 41 (1° *in fine*), incorporando elementos que podrán ser sumamente útiles para los jueces y magistrados y la comunidad en general. La ley adopta el esquema de norma marco y deja de lado el recurso a la elaboración de un Código. Esto queda claro a partir de la definición de presupuesto mínimo como *"... toda norma que concede una tutela ambiental uniforme o común para todo el territorio nacional y tiene por objeto imponer condiciones necesarias para asegurar la protección ambiental (...) debe prever las condiciones necesarias para garantizar la dinámica de los sistemas ecológicos, mantener su capacidad de carga y, en general, asegurar la preservación ambiental y el desarrollo sustentable"*[57].

La LGA crea el Sistema Federal Ambiental cuyo objetivo es la coordinación de la política ambiental a escala regional y nacional en aras del *logro del desarrollo sustentable, considerando como ámbito sine qua non al COFEMA (Consejo Federal de Medio Ambiente). En este sentido* la norma no sólo señala al mismo como el contexto básico de coordinación de políticas, sino que también instruye al Poder Ejecutivo Nacional a que proponga a la Asamblea del COFEMA, el dictado de recomendaciones o resoluciones, según corresponda, *"... para la adecuada vigencia y aplicación efectiva de las leyes de presupuestos mínimos, las complementarias provinciales, y sus reglamentaciones en distintas jurisdicciones..."* (art. 24).

(57) Art. 3° ley 25.675.

De conformidad con la facultad que le concede la Constitución luego de la reforma la Nación ha dictado las siguientes leyes de presupuestos mínimos en materia ambiental:

- Ley 25.675 - Ley General del Ambiente.
- Ley 25.612 - Gestión Integral de Residuos Industriales y de Actividades de Servicios.
- Ley 25.831 - Régimen de libre acceso a la información pública ambiental.
- Ley 25.670 - Presupuestos Mínimos para la Gestión y Eliminación de los PCBs.
- Ley 25.688 - Régimen de Gestión Ambiental de Aguas.
- Ley 25.916 - Gestión de Residuos Domiciliarios.
- Ley 26.331 - Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental de los Bosques Nativos.
- Ley 26.418 - Protección de Glaciares (vetada totalmente por el PEN), luego se promulga la ley 26.639 sobre la misma temática.
- Ley 26.562 - Protección Ambiental para Control de Actividades de Quema en todo el territorio nacional.

vi) Interpretación judicial

La CSJN se ha manifestado en varias oportunidades sobre esta cuestión y ha fijado los principales estándares en materia de distribución de competencias, orden público ambiental, responsabilidad por daño ambiental, entre otros temas.

- *Caso "Roca Magdalena c. Provincia de Buenos Aires"*[58]

Es la primera de las sentencias, en el marco de una acción de inconstitucionalidad interpuesta contra la ley de la Provincia de Buenos Aires 11.366[59], de homologación de un Convenio para la construcción de un murallón ribereño con el Río de La Plata. La Corte Suprema sostuvo en esa ocasión que son "las autoridades administrativas y judiciales del Es-

(58) CSJN, "Roca, Magdalena c. PBA s/inconstitucionalidad", R 13. XXVIII - 94.142, JA, 1995-IV-64; LA LEY, 1996-B, 137, con nota de WALSH, JUAN RODRIGO.

(59) Adla, LIII-A, 803.

tado de la Provincia de Buenos Aires las encargadas de valorar si la obra proyectada afecta aspectos tan propios del derecho provincial, como lo es todo lo concerniente a la protección del ambiente. En efecto, corresponde reconocer en las autoridades locales la facultad de aplicar los criterios de protección ambiental que consideren conducentes para el bienestar de la comunidad para la que gobiernan, como asimismo valorar y juzgar si los actos que llevan a cabo sus autoridades, en ejercicio de poderes propios, afectan el bienestar perseguido. Tal conclusión —prosigue— cabe extraerla de la propia Constitución, la que, si bien establece que le cabe a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, reconoce expresamente las jurisdicciones locales en la materia, las que no pueden ser alteradas". Para concluir esta cuestión el fallo considera que "la solución propuesta tiene respaldo en el respeto de las autonomías provinciales".

En 2007 confirmando el criterio , en autos "Villivar, Silvana N. v. Provincia del Chubut y otros"[60], declaró inadmisible el recurso extraordinario interpuesto contra la decisión del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut, que al desestimar la queja por denegación de los recursos de inaplicabilidad de ley y casación, dejó firme la sentencia de la Cámara de Apelación del Noroeste de esa provincia, confirmatoria de la sentencia de primera instancia que admitió la acción de amparo ambiental regida por el art. 20 y subsiguientes de la ley provincial 4572 y condenó a la provincia y a la empresa minera codemandada a paralizar los trabajos de exploración y explotación de la mina hasta tanto la autoridad provincial de aplicación convocara a la audiencia pública prevista en el art. 6° de la ley 4032 y se pronunciara expresamente aprobando, modificando o rechazando el estudio de impacto ambiental presentado por la empresa minera, de conformidad con lo previsto en el art. 7° de dicha ley local.

- *Caso "LITSA c. Provincia de Corrientes"*

En el fallo LITSA[61], la Corte ahonda la cuestión al decidir la inconstitucionalidad parcial de leyes de la Provincia de Corrientes. Para ello considera como regla que el poder de policía en materia ambiental resulta en nuestro sistema de la existencia de jurisdicciones compartidas entre la Nación y las provincias. Sin embargo, estas últimas deben observar una conducta que no interfiera, ni directa ni indirectamente, con la satisfacción de servicios de interés público nacional. La política ambiental

(60) Fallos: 330:1791; LA LEY, 2007-C, 110.

(61) CSJN, 1999/11/18, "LITSA - Líneas de Transmisión del Litoral S.A. c. Corrientes, Provincia de s/Acción declarativa", ED, 2000/06/28.

no debe escapar a las condiciones exigibles a toda facultad concurrente, esto es, no ser incompatible con el fin nacional perseguido, que debe prevalecer. Por nuestra parte creemos que cabe señalar que esta solución es similar a la que adopta el constituyente reformador en materia de establecimientos de utilidad nacional, al inclinarse a favor de la teoría de los poderes compartidos (art. 75, inc. 30) y de ese modo determinar una jurisdicción dividida entre Nación/Provincias/Municipios para el ejercicio del poder de policía sobre esos lugares. La Corte hace una lectura transversal del texto constitucional luego de su reforma orientada a reforzar el federalismo a través de diversas formas de concertación interjurisdiccional.

- *Caso "Lubricentro Belgrano"*

En "Lubricentro Belgrano"[62], la C.S. sostuvo que "es competente la justicia local —en el caso, la Provincia de Buenos Aires—, para entender en el secuestro de materiales con restos derivados de hidrocarburos, arrojados dentro de un contenedor de residuos domiciliarios, si no se acredita en la causa que los desechos secuestrados pudieran haber afectado a las personas o al ambiente fuera de los límites de la provincia en la que fueron hallados". En consecuencia consideró que en la especie debía aplicarse la ley provincial 11.720[63], en virtud del art. 41 de la CN, de lo contrario se estarían alterando las jurisdicciones locales. El caso no comprendía a ninguno de los supuestos de excepción contemplados en el art. 1° de la ley 24.051[64] de "residuos peligrosos".

- *Caso "Mendoza"*[65]

La Corte es llamada a pronunciarse frente a una demanda que es interpuesta por un grupo de vecinos domiciliados en diferentes lugares de la cuenca Matanza-Riachuelo que persigue la obtención de "una indemnización por los daños y perjuicios sufridos a raíz de la contaminación de la cuenca". El reclamo va dirigido a los gobiernos nacional, de la Provincia de Buenos Aires y de la Ciudad de Buenos Aires y contra cuarenta y cuatro empresas situadas a proximidad de la cuenca. La responsabilidad del primero surge de las disposiciones constitucionales que le confían la navegación y el comercio interprovincial (art. 75, incs. 10 y 13 CN), o sea que es la consecuencia de la interjurisdiccionalidad que caracteriza

(62) Fallos: 323:164, LA LEY, 2000-C, 236.

(63) Adla, LVI-A, 1226.

(64) Adla, LI-A, 52.

(65) Fallos: 330:3663.

a la atribución de facultades a ese nivel de gobierno dentro de la cuenca. El tribunal comienza el tratamiento de esta cuestión afirmando que "la acumulación de pretensiones intentada resulta inadmisible en esta jurisdicción originaria de la CS, pues la adecuada ponderación de la naturaleza y objeto respectivos demuestra que no todas ellas corresponden a la competencia originaria prevista en el art. 117 CN". Así las cosas se hará una clara división entre las cuestiones de índole individual de aquellas que tienen incidencia colectiva a fin de establecer que la intervención de la CSJN como instancia originaria sólo procede respecto de las mencionadas en segundo término. Sobre el particular se pone de manifiesto el anclaje constitucional de la cuestión; en efecto, la Corte afirma que con la incorporación de la cláusula ambiental en el art. 41 CN, el constituyente le dio "status constitucional al derecho al goce de un ambiente sano, así como la expresa y típica previsión atinente a la obligación de recomponer el daño ambiental no configuran una expresión de buenos y deseables propósitos para las generaciones del porvenir, supeditados en su eficacia a una potestad discrecional de los poderes públicos, federales o provinciales, sino la precisa y positiva decisión del constituyente de 1994 de enumerar y jerarquizar con rango supremo a un derecho preexistente, que frente a la supremacía establecida en el art. 31 CN y las competencias regladas en el art. 116 de esta Ley Fundamental para la jurisdicción federal, sostienen la intervención de este fuero de naturaleza excepcional para los asuntos en que la afectación se extienda más allá de uno de los estados federados y se persiga la tutela que prevé la Carta Magna". Para sostener que en este caso están dados los stándares de atribución de su competencia originaria, la Corte se basa en el precedente "CGT, Regional Santiago del Estero c. Tucumán y otro" en el que fundada en lo que determina el art. 7º de la ley 25.675 decidió que era competente para entender en cuestiones derivadas de la degradación de recursos ambientales interjurisdiccionales.

vii) El medio ambiente en el derecho público provincial

El nuevo derecho público provincial pone de manifiesto que dicha estructura presenta matices diferenciadores. En algunas Constituciones la enumeración de los actos a cargo del gobierno es sumamente exhaustiva —p. ej. Formosa o Tierra del Fuego—, otras se contentan con una fórmula más general —Catamarca—. En tres Constituciones —Córdoba, Río Negro y Tierra del Fuego— se le ha dedicado un capítulo especial a la cuestión. Los constituyentes de San Juan, La Rioja y San Luis han ido más lejos en la protección del nuevo derecho y lo garantizan a través de una acción especial de amparo. Río Negro, en un mismo sentido, reconoce la defensa de los intereses colectivos o difusos, rompiendo así con las reglas tradicionales en materia de derecho procesal. Formosa, consciente del

carácter interjurisdiccional de la cuestión, menciona especialmente la posibilidad de celebración de tratados con otras jurisdicciones. Río Negro habla expresamente del poder de policía ambiental y reivindica su naturaleza local. De todos modos se trata casi siempre de disposiciones programáticas, es decir que para su operatividad necesitan de leyes posteriores que las reglamenten. Por ello, en muchos casos se menciona expresamente esta necesidad —Santiago del Estero, Córdoba—. La relación con los municipios queda reservada para el capítulo especial que todas las Constituciones le dedican a su régimen; el poder de policía se manifiesta como un complemento que asegura el cumplimiento de los objetivos perseguidos en otras materias de tipo sustantivo.

No podemos dejar de mencionar el importantísimo hito que ha constituido la reforma de la Constitución de la Provincia de Entre Ríos en materia de ambiente y desarrollo sustentable. En efecto esta temática aparece de manera transversal en gran parte de su articulado, de conformidad con una visión holística, preocupada por el logro de la mejor coordinación interjurisdiccional. Por ello, no sorprende que al respecto se formulen principios de acción en el territorio, desde una mirada sustentable. Como así también de otorgarles a los municipios un amplísimo poder de policía de bienestar y de protección ambiental. En lo que hace a instrumentos es notable la amplitud en materia de legitimación tanto para asociaciones (art. 28), como en el marco del amparo (art. 56) que cuando refiere a intereses colectivos se transforma en una verdadera acción popular, de conformidad con lo que ocurre en otras jurisdicciones como la Ciudad de Buenos Aires (art. 14). El constituyente entrerriano apuesta de manera explícita al federalismo de concertación que es especialmente invocado en el art. 75. Ello, de conformidad con una prolongación de los lineamientos contemplados en la Ley General del Ambiente a la que ya nos hemos referido. Por último, cabe destacar la profundidad de las herramientas para la construcción de una democracia participativa que se desarrollan, junto a interesantes acciones de concertación en materia de salud, educación, política hídrica, entre otras. La Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de 1996 es otro ejemplo claro en lo que hace al tratamiento exhaustivo de nuestra materia y de la visión sustentable desde un desarrollo que no se limita sólo a ella, sino que se difunde de manera entrelazada con la mayor parte de las otras políticas y derechos que el texto aborda. Sin embargo, la experiencia ha quedado trunca, en tanto no se ha puesto en marcha el original modelo de descentralización territorial que el constituyente porteño ha creado. En efecto, las autoridades comunales serán elegidas el 10 de julio de 2011, fecha en que se iniciará el proceso de descentralización porteña. Se trata de entes descentralizados de conformidad con una avanzada concepción de la participación y con importantes competencias en el campo ambiental.

En suma a la incorporación de la temática ambiental y del desarrollo sustentable a sus textos constitucionales, las distintas provincias sancionaron legislación general del ambiente y normas específicas sobre temas vinculados a los recursos naturales en forma previa y posterior a la reforma constitucional del año 1994[66]. Finalmente, hay que tener en cuenta que la República Argentina es parte de un gran número de convenios internacionales en materia ambiental y de recursos naturales los cuales a partir de la reforma constitucional de 1994 poseen una jerarquía superior a las leyes y obligan al conjunto de los niveles jurisdiccionales a cumplir con su letra y objetivos (art. 75 inc. 22 CN).

viii) Conclusiones

1. La protección jurídica del ambiente en el marco del desarrollo sustentable que ha incorporado la reforma a la Constitución Nacional, ha resultado posible en la medida en que guarda una fuerte relación con otros contenidos de la Ley Fundamental antes por la reforma.

2. En tal sentido, los derechos, garantías y valores que resultan de las nuevas disposiciones constitucionales se entrelazan de manera cabal con los restantes, conformando un sistema que perfecciona el modelo perseguido por el constitucionalismo desde hace más de dos siglos.

3. En consecuencia, cabe resaltar las consecuencias de la trascendente labor de los constituyentes de 1853 al haber inaugurado un proceso institucional abierto que por la amplitud de sus postulados permite la incorporación de nuevos institutos, de manera continua, haciendo así posible la mejor concreción de sus metas y la actualización de sus contenidos.

4. La participación pública más allá de los límites impuestos por una democracia representativa propia del constitucionalismo clásico,

(66) En tal sentido, pueden señalarse como ejemplos que Buenos Aires cuenta con la ley 11.723 del año 1995, Chaco con la ley 3964 del año 1994, Chubut, con el Código Ambiental Provincial aprobado por ley 5439, Córdoba con la ley 7343 del año 1995, Corrientes con la ley 4731 del año 1997, Formosa con la ley 1060 del año 1993, Jujuy con la ley 5063 del año 1998, La Pampa con la ley 1914 del año 2001, La Rioja, ley 7801: Ley Provincial del Medio Ambiente del 2005, Mendoza con la ley 5961 del año 1992, Misiones, ley 4184 de Información Ambiental del año 2005, Neuquén con la ley 1875 del año 1991y la ley 2267 de 1992, Río Negro con la ley 2631 del año 1993, Salta con la ley 7070 del año 2000, San Juan con la ley 6634 del año 1995, Santa Fe con la ley 11.717 del año 1999, Santiago del Estero con la ley 6321 del año 1997, Tierra del Fuego con la ley 55 del año 1992 y Tucumán con la ley 6253 del año 1991 (Información relevada por Federico Sangalli, FARN).

que la limitaba a la sola emisión del sufragio, acentúa el control y por ende señala con mayor énfasis las fronteras de un gobierno que por esencia debe ser limitado. Además, facilita la aplicación y el cumplimiento de las normas, como así también la definición de las políticas, en que aquéllas deben fundarse y le brinda ejes al accionar del Estado.

5. Las modalidades de descentralización y concertación que precisan el ambiente y el desarrollo sustentable para poder plasmarse le confieren nuevos bríos al modelo federal. En tal sentido, bienvenidas sean las instituciones contenidas en la Ley General del Ambiente. La reglamentación de la misma deberá contemplar de la manera más práctica y simple los contenidos más adecuados para que las disposiciones legislativas puedan plasmarse en la práctica.

b) Derechos de consumidores y usuarios

Junto al derecho al ambiente sano aparece también el de los consumidores y usuarios, con lo cual la calidad de vida digna, comprende también una competencia genuina que confiere a las personas libertad de elección de bienes y servicios. El art. 42 regula otro de los derechos llamados de tercera generación. Los derechos de los consumidores ya habían sido objeto de protección con anterioridad por la jurisprudencia que había determinado principios y pautas que luego se incorporaron al ordenamiento jurídico por caso la nulidad de cláusulas abusivas. En 1993 esta tendencia se vería confirmada con la sanción de la ley 24.240[67] de defensa del consumidor, la que contempla un amplio abanico de facultades para esta categoría de sujetos.

La norma tiene carácter programático, ya que deriva al legislador el establecimiento de los métodos de protección para prevenir y solucionar conflictos. También da una directiva a las autoridades para que permitan el efectivo goce de los derechos que consagra. Aparece como novedosa la protección de la relación de consumo, y para garantizarla se utilizan valores de reconocido rango constitucional anterior a la introducción de esta norma, como la libertad, la igualdad, el derecho a la información, la protección de la propiedad en sentido constitucional, la integridad psicofísica y la seguridad.

Se mencionan también a los grupos sociales intermedios que reciben la protección constitucional y que no estaban previstos en el texto ante-

(67) B.O. 1993/10/15 - ADLA, 1993-D, 4125; modificada por ley 26.361, B.O. 2008/04/07 - ADLA, 2008-B, 1295.

rior, como las asociaciones de consumidores y de usuarios. Estos nuevos sujetos de derechos constitucionales y las provincias deben participar en los órganos de control de los servicios públicos, sin embargo todavía no se ha cumplimentado esta exigencia que hace a la esencia de la constitucionalidad de estos organismos de fiscalización. En el segundo párrafo del art. 43 de la Constitución se legitima a las asociaciones para interponer la acción de amparo en defensa de los intereses que constituyen su objeto.

Coincidimos con Wajntraub que el ordenamiento constitucional ha establecido un listado de derechos no taxativo, que prácticamente resume los principios orientadores de la materia. Este autor completa su pensamiento a través de lo que considera las ideas directrices de la protección, las que resume de la siguiente manera:

- La protección de la vida, salud y seguridad del consumidor contra los riesgos provocados por prácticas en el abastecimiento de productos o servicios.
- La educación y divulgación sobre el consumo adecuado de los productos y servicios, que garanticen la libertad para escoger y la equidad de las contrataciones.
- La información adecuada y clara sobre los diferentes productos y servicios.
- La efectiva prevención y reparación de los daños patrimoniales y morales, individuales y colectivos, garantizando la protección jurídica, administrativa y técnica de los consumidores.
- El acceso a los órganos administrativos y jurisdiccionales.
- El otorgamiento de facilidades a los consumidores para la defensa de sus derechos.
- La protección contra la publicidad engañosa y abusiva, métodos comerciales coercitivos y desleales, así como contra prácticas y cláusulas abusivas o impuestas en el abastecimiento de productos y servicios.

Ingresa así nuestra Constitución en la corriente internacional de estos nuevos derechos, que implican una modificación de la parte dogmática de la Constitución y que una adecuada técnica legislativa aconsejaría incorporar a continuación del artículo 14 bis.

BIBLIOGRAFÍA

- AMAYA, JORGE A., *Mecanismos Constitucionales de Protección al Consumidor*, La Ley, Buenos Aires, 2004.
- BAEZA, CARLOS R., *Las reformas de la Constitución Argentina*, AZ, Buenos Aires, 1989.
- BERSTEN, HORACIO L., *Derecho Procesal del Consumidor*, La Ley, Buenos Aires, 2004.
- BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Manual de la Constitución Reformada*, t. II, Ediar, Buenos Aires, 2006.
- FARINA, JUAN M., *Derecho del consumidor y del usuario*, Astrea, Buenos Aires, 2000.
- FIORINI, BARTOLOMÉ, *El art. 31 de la Constitución. La Prensa Republicana*, nota a fallo "Batalla, Eduardo", CSJN, 1970/10/21, Fallos: 141:221.
- LORENZETTI, RICARDO L., *Consumidores*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003.
- MOSSET ITURRASPE, JORGE y LORENZETTI, RICARDO L., *Defensa del consumidor*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994.
- SABSAY, DANIEL A., *El valor desarrollo humano*, en *Los valores en la Constitución Argentina*, Coordinadores: GERMÁN J. BIDART CAMPOS y ANDRÉS GIL DOMÍNGUEZ, Ediar, Buenos Aires, febrero 1999.
- STIGLITZ, GABRIEL A. y STIGLITZ, RUBÉN S., *Derechos y defensa del consumidor*, La Rocca, Buenos Aires, 1994.
- STIGLITZ, RUBÉN S., *Defensa del consumidor y contratación bancaria y financiera*, en *Derecho del consumidor*, Nº 9, Dir.: GABRIEL A. STIGLITZ, Juris, Rosario, 1998.
- VENTURA, ADRIÁN, en SABSAY, DANIEL A., *Colección de Análisis Jurisprudencial, Derecho Constitucional*, La Ley, Buenos Aires, 2002.
- VENTURA, ADRIÁN, en SABSAY, D. y MANILI, P., *Constitución de la Nación Argentina*, t. I, Hammurabi, Buenos Aires, 2009.
- WAJTNRAUB, JAVIER H., *Protección jurídica del consumidor*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004.

CAPÍTULO XI

GARANTÍAS

SUMARIO: 1. Las garantías, diversas acepciones, relaciones entre derechos y garantías. a) Introducción. b) Garantías institucionales. c) Garantías personales.— 2. Hábeas corpus. a) Antecedentes. b) Relación entre el estado de emergencia previsto en el art. 23 de la Constitución y el hábeas corpus. c) Caso "Verbitsky, Horacio s/ amparo". d) Interpretación de los diversos párrafos del art. 43.— 3. Amparo. a) Consagración y evolución en el derecho argentino. i) Antecedentes. ii) Evolución en nuestro derecho. iii) Cambios producidos por la reforma constitucional del '94. iv) Alcance. v) Competencia del juez. vi) La ley 16.986 luego de la reforma constitucional. vii) El "amparo colectivo". viii) Cuadro comparativo: amparo individual y colectivo. ix) La experiencia en el campo del medio ambiente. ix.1) "Schroder, Juan c. Estado Nacional, Secretaría de Recursos Naturales s/amparo. ix.2) "Seiler, Maria Leticia c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo" . ix.3) "Moro, Carlos Emilio y otros c. Municipalidad de Paraná s/ amparo". ix.4) "Viceconte, Mariela c. Estado Nacional Ministerio de Salud y Acción Social s/amparo ley 16.986". x) Amparo colectivo y discriminación. xi) Instrumento para la aplicación de los tratados internacionales. xii) El Amparo colectivo como componente de la democracia participativa.— 4. Hábeas data. a) Antecedentes. b) En nuestro texto constitucional. c) Caso "Urteaga". d) La ley 25.326.— Bibliografía.

1. LAS GARANTÍAS, DIVERSAS ACEPCIONES, RELACIONES ENTRE DERECHOS Y GARANTÍAS[1]

a) Introducción

Cabe preguntarse de qué valdrían los catálogos de derechos reconocidos en textos constitucionales, o consagrados en tratados internacionales, si en caso de lesión o amenaza de sufrir menoscabo en su ejercicio, no se reconocieran las garantías para hacerlos valer.

Si bien el tema de la evolución de los derechos en el marco del constitucionalismo se ha desarrollado en el Capítulo IX haremos una revisión histórica "a vuelo de pájaro", a fin de aclarar cuál ha sido la relación

---

(1) SABSAY, DANIEL ALBERTO, *El amparo como garantía para la defensa de los derechos fundamentales,* Revista de Derecho Procesal Nº 5, Rubinzal y Asociados, octubre 2000.

"derechos-garantías", desde los orígenes del constitucionalismo clásico hasta nuestros días.

Se puede afirmar que el constitucionalismo clásico de fines de los siglos XVIII y XIX consideraba infalible el funcionamiento de las garantías instituciones consagradas en la Constitución, en cuanto a su eficacia en la tutela de los derechos fundamentales. Se creía que el libre juego de los institutos de control que se instauraban para asegurar el funcionamiento de los poderes, en base a "frenos y contrapesos", sería la clave de bóveda que impediría todo atropello de la esfera gubernamental sobre los espacios de libertad reconocidos como propios de los gobernados, a partir del pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales.

b) Garantías institucionales

Por largo tiempo, las leyes fundamentales sólo contenían las denominadas "garantías institucionales" como instrumentos aptos a los mencionados fines. De manera que los principios de separación de los poderes, de supremacía de la Constitución, de legalidad, de razonabilidad, entre otros, se erigían en los grandes pilares de protección de las libertades reconocidas a las personas.

Sin embargo, esta aspiración producto de un racionalismo demasiado esperanzado en la efectividad de sus hallazgos constitucionales, no ofrecía soluciones ante las fallas que pudieran derivarse en la aplicación de las nuevas instituciones, ya por un defectuoso cumplimiento o simplemente por su inobservancia.

Frente a este estado de cosas el derecho constitucional iría elaborando nuevas herramientas de control. Las siguientes etapas del constitucionalismo han aportado fundamentalmente nuevas instituciones aptas para un mayor ejercicio de la función de control. Las innovaciones se fueron haciendo realidad por medio de dos modalidades diferentes, por una parte, la creación de nuevos órganos como el Defensor del Pueblo, Auditoría General, sindicaturas, etc. A ellas se agregan las garantías personales.

c) Garantías personales

Como ha quedado dicho, se consagran las denominadas garantías personales. Se trata de dispositivos reconocidos a los propios titulares de los derechos para su interposición ante todo acto u omisión susceptible de menoscabar, limitar o conculcar de alguna manera sus derechos o ante la amenaza cierta de que ello pudiere llegar a ocurrir. Dentro de

estos institutos el amparo es de alguna manera el género del que se derivan diferentes especies, destinadas a la protección de algún derecho en particular.

Acorde con la somera evolución que hemos recorrido, nuestra Constitución histórica no contempló otras garantías que las derivadas del juego de la división de poderes y del control ejercido por la ciudadanía a través de la emisión del voto.

La reforma de 1994, elevó a nivel constitucional dos garantías para el efectivo goce y ejercicio de nuestros derechos: las acciones de hábeas corpus y de amparo, que ya habían sido incorporados previamente a nuestro sistema jurídico por las leyes 23.098[2] y 16.986[3].

Estas modificaciones quedan plasmadas en el art. 43 CN que contempla una nueva garantía, el hábeas data, instituto que ha sido reglamentado por ley 25.326[4].

Veamos qué entendemos por garantías:

Las garantías son procedimientos que el ordenamiento jurídico otorga a los habitantes para tornar posible el goce de los derechos reconocidos. Sin las garantías, no habría posibilidad de un auténtico Estado de Derecho, pues las personas quedarían indefensas frente a las violaciones a sus derechos provenientes del Estado y de otros particulares.

Los mecanismos regulados en el artículo constitucional son garantías específicas para la protección de los derechos, ya que consisten en procedimientos judiciales destinados a la protección de derechos determinados.

2. HÁBEAS CORPUS

Es el medio para garantizar la libertad ambulatoria de las personas, así ha ocurrido desde sus orígenes que como luego veremos se confunden con los del constitucionalismo. Se trata de una clara limitación al poder de los gobernantes que no pueden encarcelar a las personas en contra de lo que establece la ley. La evolución del instituto lo ha llevado a aplicarse no sólo en materia de libertad física, sino también en lo relativo a las condiciones de detención de las personas encarceladas, como así también en otras cuestiones vinculadas con ellas.

---

(2) B.O. 1984/11/25.
(3) B.O. 1966/10/20.
(4) B.O. 2000/11/02.

bezados en un individuo sino diseminados en un colectivo integrado por miles de personas, a las que se agrega un número indefinido comprendido por quienes pueden ver seriamente afectados esos mismos y otros derechos como producto de los efectos que hacia el exterior de los establecimientos carcelarios pueden producirse de resultas del estado de cosas relatado en el hábeas corpus y demostrado en autos, en gran parte con el reconocimiento de la parte demanda.

- *Competencia de la Corte*

La mayoría de la Corte deslinda cuidadosamente sus potestades frente a las de la administración. Así, aclara que no le compete efectuar un estudio de mérito sobre las políticas públicas que en materia de establecimientos carcelarios lleva al cabo el gobierno de la provincia de Buenos Aires. Ello así, considera que "a diferencia de la evaluación de políticas, cuestión claramente no judiciable, corresponde sin duda alguna al Poder Judicial de la Nación garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que éstos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y decidir las controversias. Ambas materias se superponen parcialmente cuando una política es lesiva de derechos, por lo cual siempre se argumenta en contra de la jurisdicción, alegando que en tales supuestos media una injerencia indebida del Poder Judicial en la política, cuando en realidad, lo único que hace el Poder Judicial, en su respectivo ámbito de competencia y con la prudencia debida en cada caso, es tutelar los derechos e invalidar esa política sólo en la medida en que los lesiona. Las políticas tienen un marco constitucional que no pueden exceder, que son las garantías que señala la Constitución y que amparan a todos los habitantes de la Nación; es verdad que los jueces limitan y valoran la política, pero sólo en la medida en que excede ese marco y como parte del deber específico del Poder Judicial. Desconocer esta premisa sería equivalente a neutralizar cualquier eficacia del control de constitucionalidad".

- *Reflexiones*

Estos argumentos puntualizan de manera precisa la distancia que media entre la actitud de un juez que se sustrae al conocimiento de una causa, apoyándose en la doctrina de los actos políticos no justiciables o en la zona de reserva de la administración, de la de aquél que como en el caso que nos ocupa, se aplica a fiscalizar el respeto de los derechos fundamentales en todas las relaciones. Más allá de las bondades de una política si su aplicación redunda en el desconocimiento de derechos tan fundamentales, como son la integridad física y la dignidad de la persona humana, es obvio que el control de constitucionalidad debe analizar esos efectos y de comprobarse que así ocurre, anular los actos que causan esos efectos o exigir que se tomen las medidas propicias que lleven a la detención de ese estado de cosas.

3. AMPARO

Se ha definido comúnmente al amparo como una acción judicial breve y sumaria, destinada a garantizar los derechos y libertades constitucionales distintos de la libertad física (pues ella está protegida por el hábeas corpus), que tiene un ámbito diferente del de los procesos ordinarios, por cuanto éstos —por su propia naturaleza— no pueden satisfacer la urgencia de la restauración de los derechos presuntamente conculcados, lo cual es un elemento esencial en el proceso de amparo[10].

Abordaremos, en primer término, el origen y evolución del amparo en nuestro derecho público, para luego considerar los efectos de la reforma constitucional de 1994 y el análisis del amparo colectivo (art. 43, 2º párrafo de la CN), con relación a la protección del medio ambiente, para la lucha contra la discriminación y su utilidad para la aplicación de los tratados internacionales en el orden interno. Analizaremos también el amparo como componente de la democracia participativa.

a) Consagración y evolución en el derecho argentino

i) Antecedentes

El amparo aparece por primera vez en América Latina en la Constitución mexicana de Yucatán de 1840 y luego es retomado en todo su vigor por la de 1917. Esta Constitución junto con la de Brasil, con la denominación de mandato de segurança le dan vigor a esta institución. Posteriormente, la ley orgánica de amparo de Venezuela de 1985 constituye un verdadero código en la materia. A nivel de nuestro continente la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)[11] prevé la aplicación del amparo en los países signatarios, en su art. 24. Dicha disposición establece que "toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones judiciales". En la segunda parte

(10) EKMEKDJIAN, MIGUEL, *Tratado de Derecho Constitucional*, t. III, 1995.
(11) Noviembre 22 de 1969. Ratificado por ley 23.054, B.O. 1984/03/27.

de la disposición bajo examen los Estados firmantes se comprometen a hacer viable esta garantía en el plano legislativo y en el de su efectiva aplicación por parte de la autoridad competente. Asimismo, dicho compromiso abarca el de "garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso". Esto es que el Estado se obliga a poner todo su empeño para que las sentencias judiciales que hagan lugar a las pretensiones de los amparistas se vean seguidas de una observancia irrestricta.

Nos parece relevante este aspecto, pues pone de manifiesto la inadecuada actitud que adoptan las autoridades cuando se les cuestiona la ejecución de actos que en el entender de los magistrados, de alguna manera, menoscaban el goce y ejercicio de derechos fundamentales por parte de los gobernados. La reacción que asume el poder administrador pareciera ser acorde con necesidades de corte estrictamente político que los llevan a defender, contra viento y marea, sus decisiones. Sin embargo, en este punto se olvida que su rol de protector de los derechos humanos fundamentales de los cuales son titulares los administrados, se sitúa por encima del de mero ejecutor de políticas. Sobre todo cuando está en juego el honrar los compromisos contraídos por vía convencional en sede internacional. Consideramos que este convenio de fuente internacional, y que posee desde la reforma de 1994 jerarquía constitucional, constituye un primer elemento para la interpretación del alcance de nuestro instituto.

ii) Evolución en nuestro derecho

El amparo en nuestro país tuvo su origen en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los famosos *leading cases* "Siri"[12] y "Kot"[13], que admitieron, pese a la ausencia de regulación procesal específica, la existencia de una acción destinada a la protección de los derechos no alcanzados por el hábeas corpus, ya que se estimó que los preceptos constitucionales y la experiencia institucional del país reclamaban de consuno el deber de asegurar el goce y ejercicio plenos de las garantías individuales para la efectiva vigencia del Estado de Derecho... "Que basta esta comprobación inmediata para que la garantía constitucional invocada sea reestablecida por los jueces en su integridad, sin que pueda alegarse en contrario la inexistencia de una ley que la reglamente: las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas por la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias... requeridas para establecer 'en qué caso y

(12) CSJN, Fallos: 239:459.
(13) CSJN, Fallos: 241:291

con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación' como dice art. 18 de la CN a propósito de una de ellas"[14]. En el caso "Siri" se protegía la libertad de prensa frente a una violación del poder público. Mientras que en el otro precedente se admitió la acción respecto de una violación proveniente de particulares.

El Alto Tribunal en la mencionada jurisprudencia determina las características de la acción al considerarla como excepcional, reservada a las delicadas y extremas situaciones en las que, ante la ausencia de otras vías legales, se pone en peligro la salvaguarda de derechos fundamentales del hombre.

La regulación legislativa recién aparecería una década después (1966-68) con la sanción de la ley 16.986[15] reglamentaria del amparo contra actos de autoridad, mientras que en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación se da cabida a esta acción cuando va dirigida contra actos de particulares (art. 321, inc. 2º).

Sobre el perfil de la institución en nuestro derecho público nos parecen importantes las siguientes observaciones de uno de los más destacados estudiosos de las garantías procesales de rango constitucional: "hemos interpretado, desde su sanción, que la constitucionalización del amparo importó —como se desprende de la lectura de la norma— emancipar a esa nobilísima institución de cualquier vasallaje procesal. Su ejercicio —en las condiciones y observando los presupuestos que determina la misma disposición— es directo, principal y no subsidiario"[16]. La Corte Suprema ha subrayado con especial énfasis que es preciso evitar que el juego de los procedimientos ordinarios torne ilusoria la efectividad de las garantías constitucionales[17].

iii) Cambios producidos por la reforma constitucional del '94

Como ya se expresara la última reforma de la Constitución Nacional incorpora las garantías individuales a su texto. El artículo 43, ubicado en el segundo capítulo —Nuevos Derechos y Garantías— de la parte dogmática o doctrinaria contiene tres clases o tipos diferentes de garantías, *amparo, hábeas data y hábeas corpus.* La Constitución prevé las dos formas de amparo ya reguladas en nuestra legislación, contra actos del Estado y contra actos de particulares.

(14) CSJN, Fallos: 239:463.
(15) B.O. 1966/10/20.
(16) MORELLO, AUGUSTO M., *Posibilidades y limitaciones del Amparo*, ED, 1995/11/22.
(17) Fallos: 239:459; 241:291; 307:2174, consid. 10.

Ambos requieren para su admisibilidad formal la inexistencia de otra acción o medio judicial "más idóneo" para hacer cesar la violación, restricción ilegítima o peligro que impida el goce y ejercicio de un derecho (art. 43).

El constituyente ha seguido la redacción del art. 1º de la ley 16.986 para categorizar a las situaciones respecto de las cuales puede interponerse la acción de amparo, destacándose que la lesión al derecho afectado puede también provenir de un "no hacer" y no sólo de un acto positivo. La Ley Fundamental expresa que esta acción expedita y rápida puede ser interpuesta "contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley".

iv) Alcance

Con criterio extensivo, la nueva norma constitucional no sólo garantiza el ejercicio de derechos de jerarquía constitucional, sino también de aquellos contemplados en tratados internacionales o en leyes comunes. De esta manera se produce un importante avance que pone de manifiesto el neto corte garantista que ha tenido la enmienda constitucional de 1994.

v) Competencia del juez

El constituyente produce una clara ampliación en la materia en tanto le concede al juez que entienda en la acción la potestad de "declarar" la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva", solución que por otra parte ya había sido enunciada por la Corte Suprema de Justicia en el célebre caso "Peralta"[18].

En los autos "Asociación de Trabajadores del Estado c. Armada Argentina", la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata analiza con detenimiento los cambios ocurridos en este campo. Luego de efectuar una exhaustiva observación de la evolución del control de constitucionalidad en nuestro medio, en sus diferentes etapas, llega a la conclusión de que conforme el nuevo art. 43 CN, a la acción de amparo se le debe reconocer un doble alcance. "Por un lado —expresa el sentenciante—, sigue siendo el remedio adecuado contra las vías de hecho, por la otra, aparece como

(18) CSJN, 1990/12/27, "Peralta, Luis y otro c. Estado nacional s/amparo", LA LEY 1991-C, 158.

medio destinado a la tutela de derechos constitucionales cuando el interés de una de las dos partes reclama una dilucidación particularmente expedita y rápida de las pretensiones controvertidas con base constitucional, lo cual no significa que dicha inconstitucionalidad deba ser palmaria"[19].

"Es dable (...) interpretar que en esta referencia al *medio judicial más idóneo*, el hecho de que la norma omita aludir a vías administrativas equivale a *no obstruir la procedencia del amparo* por el hecho de que existan recursos administrativos o de que no se haya agotado una vía de reclamación administrativa previa"[20].

vi) La ley 16.986 luego de la reforma constitucional

Ante la falta de reglamentación legal de la nueva figura, se han planteado distintas posiciones en relación con la subsistencia o no de la ley 16.986, la que recordemos proviene de una época *de facto*. Los criterios que ella contiene tienden a restringir el alcance del amparo hasta tal punto que en su momento se consideró que hubiera sido más adecuado dejar que la jurisprudencia continuara definiendo el perfil de la acción, en lugar de haberlo hecho a través de un marco jurídico contenido en una norma alejada del espíritu garantista que había caracterizado a la creación pretoriana del instituto.

Adolfo Rivas efectúa una interesante reflexión al respecto, a partir del comentario de un fallo plenario[21] *in re* "Capizzano de Galdi, Concepción c. Instituto de Obras Sociales". En dicho pronunciamiento se puso en tela de juicio el plazo para la interposición de la demanda. La sentencia fue dividida, la mayoría se expresó a través del voto del doctor de las Carreras, en el cual sostuvo que estamos frente a un derecho excepcional que sólo procede en situaciones de imprescindible necesidad, que la reforma constitucional "se limita a ampliar el alcance de los derechos y garantías protegidos...", "a innovar en materia de legitimación y a prever la eventual posibilidad de declaración de inconstitucionalidad de la norma en la que se base el acto lesivo". "Que la ley general posterior no deroga la ley anterior especial, salvo que existiere incompatibilidad entre ellas. Que debe existir un plazo para el ejercicio de la acción ya que el mismo no puede quedar librado a la discrecionalidad del juez y que por lo tanto al

(19) CFed. La Plata, Sala de Feria, 1997/01/15, "Asociación de Trabajadores del Estado c. Armada Argentina".

(20) BIDART CAMPOS, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional*, Ediar, 1995.

(21) CNFed. Civ. y Com., 1999/06/03.

no estar vedado en la Constitución, en la especie debe aplicarse el plazo de caducidad que contempla la ley 16.986 en su art. 2º, inc. e)".

Frente a esta postura coincidimos con Rivas en inclinarnos a favor del voto minoritario del doctor Pérez Delgado cuya trascendencia nos obliga a transcribir la síntesis que hace Rivas: "el voto minoritario expresó resumidamente: a) que la ley 16.986 contiene dispositivos relativos a los presupuestos de admisión de la acción y otros de tipo procedimental, b) que el plazo de caducidad está comprendido entre los primeros y no entre los segundos, c) que atento el sentido de la reforma constitucional es jurídicamente razonable echar mano de los aspectos procedimentales de la ley 16.986 pero no ocurre lo mismo con los de admisión, d) que debe considerarse que el amparo consagra una protección expeditiva y rápida, e) que el texto constitucional se basta a si mismo y proporciona un soporte distinto del que hace a la ley 16.986 de modo que es ajeno a la cuestión considerada, establecer si es posible legislar fijándose un plazo similar al contenido por la ley derogada, f) que la inexistencia de un plazo de caducidad expresamente fijado por la ley no significa que el amparo pueda ejercerse en cualquier tiempo pues para ello, el remedio está previsto como expedito y rápido, precisamente para enfrentar lesiones actuales o inminentes" [22].

Creemos que esta interpretación se compadece con las características de una institución que tiende a preservar en todo momento el más rápido y fácil acceso a la justicia para la defensa de los derechos de las personas, de conformidad con una reforma al articulado constitucional que tiende, sin lugar a dudas, a fortalecer las garantías, vigorizar los controles, ampliar la base jurídica aplicable remitiendo en todo momento al derecho internacional en la materia.

vii) El "amparo colectivo"

El denominado "amparo colectivo" que prevé el art. 43, 2º párrafo es la modalidad más novedosa para nuestro derecho público, en materia de garantías, incorporada por la reforma constitucional de 1994. Se trata de una ampliación del amparo individual o clásico. Esta extensión involucra dos elementos de la relación susceptibles de suscitar el ejercicio del amparo; ellos son: los derechos atacados o restringidos y los sujetos legitimados para su interposición. En cuanto a lo primero la nueva norma constitucional en consonancia con los derechos consagrados en los nuevos arts. 41 y 42, amplía el ámbito de esta garantía para que sea utilizada en la defensa de los derechos del medio ambiente, de usuarios

(22) RIVAS, ADOLFO, *El plazo de caducidad en el nuevo amparo*, LA LEY, 2000-C, 346.

y de consumidores. Asimismo irrumpe en la consideración de la problemática de la discriminación, como causal pasible de ser invocada para el acceso a la jurisdicción.

En relación con el primer punto nos encontramos frente a los llamados derechos de tercera generación o de incidencia colectiva. Detrás de esta categoría de derechos subyace una gama variada de intereses difusos, cuya violación afecta a la comunidad en su conjunto o por lo menos a una importante porción de ella, sin desconocer la posibilidad de que existan afectados particulares de resultas de haber sufrido un daño directo en sus personas o en sus patrimonios.

Sabido es que los derechos de tercera generación persiguen la protección de intereses difusos. Es decir de aquellos intereses que no se sitúan en cabeza de un sujeto determinado, sino que se encuentran difundidos o diseminados entre todos los integrantes de una comunidad, o inclusive de varias. Estos caracteres plantean una seria dificultad de tipo procesal en lo que hace a su defensa jurisdiccional. Se trata de determinar quién está habilitado para accionar ante la justicia, cuando no se puede invocar un interés legítimo o un derecho subjetivo para ello. Y, de este modo nos introducimos en la consideración del segundo elemento invocado al comienzo, el problema de la legitimación activa. Además de lo antedicho, los afectados no están relacionados por un vínculo previo y concertado. De todos modos queda en pie la necesidad de protección debida a los intereses cuando ha habido perjuicio. Pero, perdura la dificultad cuando el mismo no ha ocurrido.

El derecho constitucional va dando respuesta desde su óptica a una altísima gama de intereses generales, públicos, fraccionados, pero ciertos y con jerarquía, que requieren de una protección de marcado carácter preventivo como es característico en el derecho ambiental. Se trata de una coparticipación colectiva de intereses. En este tipo de relaciones se tiene parte en un interés colectivo y supraindividual, ello constituye la faz subjetiva de la cuestión. Es decir que si bien no se puede demostrar un perjuicio personal o actual, de todos modos quien participa de esta suerte de relación consorcial, compuesta por todos los damnificados actuales o potenciales, puede invocar una suerte de "cuota parte" que en tanto partícipe en la cuestión le da derecho a recurrir a la justicia.

Se advierte que de la diferente naturaleza de los derechos protegidos se deriva también una concepción también distinta de las indíviduos legitimados, ya que cuando se trata de defender ante la autoridad un derecho colectivo, si se exigieran los mismos requisitos que concurren para admitir la legitimación activa para la defensa de los derechos individuales, los primeros quedarían desprovistos de protección.

De acuerdo con este criterio, y siempre para el amparo colectivo, la reforma reconoce legitimación propiamente dicha a favor de tres sujetos:

vii.1) El "afectado"

Este término resulta por demás enigmático y ha dado lugar a diversas interpretaciones. Una visión restringida, entiende por afectado al titular de un derecho subjetivo. Por otra parte, la posición amplia, a través de una interpretación conjunta de los términos "afectado" y "derechos de incidencia colectiva en general", permite ampliar la legitimación para actuar a cualquier afectado en reclamo de derechos colectivos"[23].

Sagüés, Morello y Bidart Campos entienden que con la palabra "afectado" se cubre la legitimación para amparar intereses difusos ("de incidencia colectiva general"). Se debe acreditar un mínimo interés razonable y suficiente, de conformidad con figuras similares del derecho anglosajón, para constituirse en defensor de derechos de incidencia general o supraindividuales. El derecho subjetivo está reservado para la primera parte del artículo, en cambio en la segunda es evidente que no se contemplan agresiones o daños de carácter personal o particular, sino que se está aludiendo a derechos supraindividuales de incidencia colectiva, que no son otros que los llamados intereses difusos. Como también se ha señalado "quienes se vean afectados en derechos relativos al medio ambiente, a la competencia, al usuario, al consumidor, o de incidencia colectiva en general, podrán accionar aunque no sean afectados diferenciados. Pero siempre deberán ser afectados, estando la acción en cabeza de un mayor número de titulares, según la incidencia del derecho conculcado"[24].

En cuanto a la primera interpretación favorable a la doctrina restringida que asimila al afectado con el titular de un derecho subjetivo y por lo

(23) Para el análisis de este tema recomendamos la lectura de los siguientes autores: Favorables a la postura amplia: WALSH, J. R.: *El medio ambiente en la nueva Constitución argentina*, La Ley, Suplemento de Derecho Ambiental, Año 1, Nº 1 (1994/12/06). Sostienen una interpretación similar, entre otros: BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, t. VI, "La reforma constitucional de 1994", Ediar, Buenos Aires, 1995 y *La legitimación procesal activa en el párrafo segundo del art. 43 de la Constitución*, ED, 1996/02/06; MORELLO, A. M., *El amparo después de la reforma constitucional*, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Santa Fe, 1994, Nº 7; GOZAÍNI, O. A., *La noción de afectado y el derecho de amparo*, ED, 1995/11/22; JIMÉNEZ, E. P., *Los Derechos de la Tercera Generación - Medio Ambiente, Derechos del Usuario y del Consumidor, Acción de Amparo-Jurisprudencia*, Ediar, Buenos Aires, 1997.

(24) TORICELLI, MAXIMILIANO, *Legitimación activa en el art. 43 de la Constitución Nacional*, en BIDART CAMPOS, GERMÁN y SAGÜÉS, NESTOR P., *El Amparo Constitucional-Perspectivas y Modalidades*, Depalma, Buenos Aires, 1999.

tanto que persigue la satisfacción de un interés legítimo se ubican principalmente Cassagne, quien considera que: "si bien la cláusula constitucional permite interponer esta acción a toda persona (art. 43, 1ª parte), la segunda parte de dicho precepto exige como requisito, para el acceso al proceso de amparo colectivo, que se trate de un afectado, es decir, de una persona que haya sufrido una lesión sobre sus intereses personales y directos, por lo que no cabe interpretar que la norma ha consagrado una suerte de acción popular al que, salvo los supuestos de excepción contemplados (Defensor del Pueblo y Asociaciones de interés público) la cláusula permita la legitimación de los intereses difusos o colectivos en cabeza de los particulares"[25].

vii.2) Defensor del Pueblo

Su habilitación es una resultante del papel que cumple este nuevo actor institucional como instancia pública de defensa de los intereses generales. La doctrina le ha dado un alcance diferente en función del ámbito territorial y funcional dentro del cual este funcionario puede actuar. Quiroga Lavié extiende su accionar a los Poderes Ejecutivo y Judicial tanto nacionales como provinciales, interpretación que también comparte el ex Defensor del Pueblo Maiorano[26]. Por el contrario Bidart Campos considera que su competencia se restringe al ámbito federal de la administración pública[27].

vii.3) Asociaciones registradas

El texto constitucional delega en la ley el establecer qué exigencias de registración les impone a estas personas para poder constituirse en legitimadas activas de este tipo de acción. En relación con la necesidad previa de una ley que fije el tipo de asociaciones y el modo como deben registrarse, de conformidad con lo establecido en el art. 43, 2º párrafo, la jurisprudencia ha tendido a abrir con amplitud el acceso de estas organizaciones a la justicia. De modo tal que se las ha legitimado aunque la ley a que alude el constituyente no se hubiese sancionado. Asimismo, se les ha concedido ese carácter tanto a organizaciones del tipo asociativo no gubernamental defensoras del ambiente o de los consumidores o de

(25) CASSAGNE, JUAN C., *Sobre la protección ambiental*, LA LEY, 1995-E, 1217 y BARRA, RODOLFO C., *La acción de amparo en la Constitución reformada*, LA LEY, 1994- E, 1087.

(26) QUIROGA LAVÍÉ, HUMBERTO, *Constitución de la Nación Argentina comentada*, 4ª ed., Zavalía, Buenos Aires, 2007, ps. 469/74.

MAIORANO, JORGE, *El Ombudsman: Defensor del Pueblo y de las instituciones republicanas*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1987.

(27) BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Manual de la Constitución Reformada*, t. III, EDIAR, Bs. As., 1997, ps. 324/30.

tipo cívico, entre otras, como así también a organizaciones intermedias tradicionales como son los sindicatos. Inclusive en algunos casos, el juzgador no se detuvo en el análisis de las características de la asociación accionante como por ejemplo en "Asociación Fauna Marina c. Ministerio de la Producción de la Provincia de Buenos Aires"[28]. Es de destacar que en la especie, el amparista no contaba con personería jurídica al momento de la interposición de la demanda.

A quince años de la reforma constitucional, un fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha reconocido la existencia en el art. 43 de otra forma de amparo, que denomina: acción de clase o acción colectiva, por no coincidir sus elementos con los del amparo colectivo. Se trata de la causa "Halabi, Ernesto c. PEN Ley 25.873 Dto. 1563/04 s/amparo ley 16.986", sentencia de fecha 24 de febrero de 2009. El actor, abogado de la matrícula de la Capital Federal, entabla una acción de amparo a fin de obtener la declaración de inconstitucionalidad de la ley 25.873 (arts. 11 y 21) y del decreto 1563/04, en virtud de considerar que son violatorias de los Arts. 18 y 19 de la C.N., de la Convención Americana de Derechos Humanos, las estipulaciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en cuanto autorizan la intervención de las comunicaciones telefónicas y por Internet, sin que una ley determine en qué casos y con qué justificativos. Intromisión que constituiría una violación de sus derechos a la privacidad y a la intimidad, en su condición de usuario, y de abogado amparado por el privilegio de confidencialidad.

Superada la cuestión de la viabilidad de la acción de amparo, y ya respecto del fondo del asunto, la Corte hizo suyos los argumentos de la jueza de grado a los que añadió consideraciones generales sobre el derecho a la intimidad y la inviolabilidad de la correspondencia, concluyendo que estos debían primar en situaciones como las que se presentaban en el caso.

El aspecto más significativo de esta sentencia, en razón de su novedad es el reconocimiento de un tercer tipo de amparo en el texto del art. 43 de la CN. Así estimó que la legitimación del actor "no excluía la incidencia colectiva de la afectación a la luz del párrafo tercero de la CN" por lo que la sentencia dictada en tales condiciones debía "aprovechar a todos los usuarios que no han participado en el juicio". En el considerando 9 la Corte Suprema realiza claramente la distinción entre el amparo individual, el colectivo y la acción colectiva o de clase, expresa: "Que en materia de legitimación procesal corresponde, como primer paso, delimitar con precisión tres categorías de derechos; individuales, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, y de incidencia colectiva referente a intereses individuales homogéneos".

(28) Juzg. Fed. N° II de Mar del Plata, Sec. Civil y Com. No. 1, agosto 1996, ED, 174-448, con nota de DANIEL SABSAY.

Luego de caracterizar el amparo individual de la primera parte del art. 43 creación pretoriana de "Siri" y "Kot", menciona los derechos de incidencia colectiva, cuya característica es que tienen por objeto bienes colectivos, cuando el bien jurídico pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna. En este caso el art. 43 concede una legitimación extraordinaria al Defensor del Pueblo, a las Asociaciones y a los "afectados". Se trata de un bien de naturaleza colectiva.

Para llegar así en el considerando 12 a derivar del mismo texto del art. 43 la acción colectiva expresando que la Constitución Nacional admite en el segundo párrafo del art. 43 *"una tercera categoría conformada por derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos"*. Tal sería el caso de los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores como de los derechos de sujetos discriminados. En estos casos no hay un bien colectivo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todo un grupo y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Esta homogeneidad fáctica y normativa hace razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en el se dicte. En razón de la inexistencia en nuestro derecho de una ley que reglamente las denominadas acciones de clase en el ámbito específico que es objeto esta litis, frente a esta falta de legislación hay que tener en cuenta ciertos recaudos del procedimiento:

- Defensa en juicio.
- Planteo de una cuestión que involucre circunstancias de hecho que sean comunes y homogéneas a todo el colectivo.
- Adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio.

Ello teniendo en cuenta que las normas constitucionales son operativas y que nuestra Corte Suprema ha expresado reiteradamente: "Esta Corte ha dicho que donde hay un derecho hay un remedio legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido: principio del que ha nacido la acción de amparo, pues las garantías constitucionales existen y protegen a los individuos por el solo hechos de estar en la Constitución e independientemente de sus leyes reglamentarias cuyas limitaciones no pueden constituir obstáculo para la vigencia efectiva de dichas garantías" (Fallos: 239:459, 241:291 y 315:1492).

En cuanto a los efectos de la sentencia, la Cámara procuró reforzar la virtualidad de su decisión atribuyéndole carácter *erga omnes*. La Corte relacionó en el fallo los efectos con la naturaleza de los derechos y de la acción. "...el verdadero sustento de la proyección superadora de la regla inter partes, determinante de la admisibilidad de la legitimación grupal es inherente a la propia naturaleza de la acción colectiva en virtud de la trascendencia de los derechos que por su intermedio se intentan prote-

ger. Este estándar jurídico reconoce su fuente primaria en el propio texto constitucional y aparece ya arraigada en el ordenamiento normativo vigente. Por ejemplo en el caso del art. 54 de la ley 24.240.

En lo referente a la declaración de inconstitucionalidad, la apelación *no cuestionó sus fundamentos con lo cual quedó firme. Es interesante* remarcar que los argumentos de la declaración de inconstitucionalidad de la ley y el decreto radican en la vaguedad de las previsiones de la ley y *la redacción de la norma que implica el riesgo de que los datos sean* utilizados para fines distintos a los previstos.

En cuanto a los derechos lesionados por efecto de la ley inconstitucional el fallo resalta que las comunicaciones a las que se refiere la ley 25873 y todo lo que los individuos transmiten por las vías pertinentes integran la esfera de intimidad personal y se encuentran alcanzadas por las previsiones de los arts. 18 y 19 CN. Tal como está regulada no es otra cosa que una restricción que afecta una de las facetas del ámbito de la autonomía individual que constituye el derecho a la intimidad, por cuanto sus previsiones no distinguen ni precisan de modo suficiente las oportunidades ni las situaciones en las que operarán las interceptaciones.

viii) Cuadro comparativo: amparo individual y colectivo

LUEGO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL Art. 43		
Amparo individual	**Amparo colectivo**	**Acción de Clase**
Legitimados: Toda persona individualmente afectada puede interponer acción de amparo.	Legitimados: - el afectado, - asociaciones registradas, - el Defensor del Pueblo.	Legitimados: Integrantes del grupo afectado
Siempre que no exista otro medio judicial más idóneo		
Contra todo acto u omisión de autoridades públicas o particulares		
Que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta derechos y garantías reconocidos en la Constitución, una ley o tratado		
Se podrán interponer estas acciones...		
Amparo Individual	**Amparo Colectivo**	**Acción de clase**
• Protección de un derecho subjetivo: • Bienes jurídicos individuales: libertad de prensa, derecho de propiedad, de trabajar....	• Protección contra cualquier forma de discriminación. • En lo relativo a los derecho que protegen el ambiente. • A la competencia, al usuario y al consumidor. • Así como a los derechos de incidencia colectiva	• Incidencia colectiva referente a intereses individuales homogéneos • Derechos patrimoniales o personales derivados de afectaciones al ambiente, a la competencia, al consumidor, de los derechos de los sujetos discriminados. • Hay un hecho único o continuado que provoca la lesión a todos ellos.

ix) La experiencia en el campo del medio ambiente

La defensa de los intereses difusos y la consiguiente ampliación de la legitimación activa para posibilitar el acceso a la justicia, rompiendo con los esquemas procesales clásicos, ha venido de la mano en gran medida, de la defensa del ambiente. Precisamente en la Argentina ha sido una sentencia en esta materia la que aún con anterioridad a la reforma de 1994, ha abierto la instancia jurisdiccional, de resultas de la utilización de este tipo de amparo. Se trató del célebre caso "Kattán"[29] que impidió la captura de las toninas overas, especies en vías de extinción de la fauna marina patagónica. Luego de la reforma constitucional, entre otros, merecen ser comentados los siguientes precedentes:

ix.1) "Schroder, Juan c. Estado Nacional, Secretaría de Recursos Naturales s/amparo"[30]

Si bien este caso se inicia antes de la reforma de la CN, es resuelto por la Cámara prácticamente en los comienzos de la vigencia de la norma del art. 43. El actor interpone acción de amparo, invocando su condición de vecino de la localidad de Martín Coronado, Partido de Tres de Febrero de la Provincia de Buenos Aires. La pretensión deducida tiene por objeto que se decrete la nulidad del concurso público nacional e internacional para la selección de proyectos de inversión, instalación y operación de plantas de tratamiento de residuos peligrosos, tipificados en la ley de la Nación 24.051[31]. La sentencia de primera instancia declara la nulidad de la resolución 256/94 de la Secretaría de Recursos Naturales y Ambiente Humano y de los pliegos de bases y condiciones, sus anexos y los términos de referencia del concurso. Para así resolver el juez tiene en cuenta que el pliego de bases y condiciones aprobado por la resolución mencionada, contiene cláusulas que contradicen la ley de residuos peligrosos, en tanto:

- *Efectúa una delegación de competencia contraria al art. 60 de la* ley 24.051 y del decreto reglamentario 831/93, en materia de evaluación de impacto ambiental.
- Incumple el art. 36 de la ley y el decreto reglamentario. Al ser la fuente receptora de los residuos una fuente de provisión de agua

(29) Juzg. Contencioso Administrativo Federal Nº 2, 1983/10/05, "Kattán Alberto y otro c. Poder Ejecutivo Nacional s/anulación para capturar y exportar toninas".

(30) CNContencioso Administrativo Fed., sala III, 1994/09/08, "Schroder, Juan c. Estado Nacional, Secretaría de Recursos Naturales s/amparo", LA LEY, 1994-E, 449.

(31) B.O. 1991/01/17.

para consumo humano, se imponía el estudio hidrológico de los lugares destinados a la disposición final de los residuos peligrosos.

- Contrariamente a lo dispuesto por la resolución 256/94, que alude a la creación de una comisión para el estudio y desarrollo del proyecto encomendado por el decreto 831/93, la investigación fue realizada por la Universidad Nacional de Lomas de Zamora. Ello, en contravención al art. 63 de la ley 24.051.

La Cámara de Apelaciones desestimó el argumento de la extemporaneidad del amparo intentado por la demandada, en razón de que los plazos para presentar el recurso debían contarse a partir del momento en que el interesado tuvo real y efectivo conocimiento de los pliegos de condiciones, los cuales no fueron publicados en la resolución 256 SRN y AH. Por tanto, no correspondía contar el plazo desde dicha fecha.

El tema central de este fallo y por el que se ha constituido en un precedente clásico, es el concepto de legitimación activa, interpretando el término "afectado" en su versión más comprensiva y garantista. En el caso se entendió que la calidad de vecino de la provincia de Buenos Aires del actor, le confiere la condición de "afectado" a la que alude el art. 43 CN luego de su reforma. Según lo allí dispuesto, cuando se trata de la protección de los derechos relativos al ambiente, la acción puede ser interpuesta por el afectado. Esta condición se encuentra debidamente cumplida con el interés personal y directo que en el caso ostenta el actor. "El problema de la legitimación de los particulares no debe constituir una verdadera denegación del acceso a la justicia de quienes se ven afectados por una medida estatal. Si la apertura de la jurisdicción no es garantizada, concurriendo desde luego, los requisitos señalados, ¿qué garantía de juridicidad se ofrecerá a los ciudadanos, si no pueden contar con una auténtica defensa de sus derechos?".

En cuanto a la admisibilidad de la acción de amparo, como vía para el reclamo, la Cámara es categórica al expresar que procede siempre que no exista otro medio judicial más idóneo. En este caso, la obligada aplicación directa del art. 43 de la CN torna en improcedente el planteo efectuado por la demandada, en el sentido que deben agotarse las vías administrativas previamente.

Sintetizando, el vecino de la localidad elegida para la construcción de una planta de tratamiento de residuos peligrosos, entra dentro de la categoría de "afectado" y se considera válida su pretensión de anular el correspondiente procedimiento licitatorio. En lo relativo a esto último la sentencia hace valer el derecho consagrado en el art. 41 de la CN. Asimismo considera que en la especie no se ha cumplido con los requisitos de evaluación del impacto, prescriptos en la ley 24.051.

ix.2) "Seiler, Maria Leticia c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo" (32)

La actora Leticia Seiler, vecina del barrio de San Telmo, solicita que la Municipalidad tome las medidas necesarias para poner fin al estado en que se encontraba un inmueble próximo a su casa, el que por sus condiciones, constituía una clara fuente de contaminación para toda la zona. Según la accionante en el predio vivían 25 a 30 personas en condiciones infrahumanas las cuales al no contar con las mínimas condiciones de higiene generaban un daño directo al medio ambiente.

Nos parecen relevantes los siguientes considerandos de la sentencia de Cámara que confirmara la de Primera Instancia, en lo que hace a la admisibilidad del amparo y la legitimación activa de Seiler: "Cualquiera sea la posición que se adopte frente al art. 43 de la Constitución Nacional, no cabe duda que la actora se encuentra legitimada para reclamar por un predio cuyas condiciones son inconvenientes para los habitantes de la ciudad y para las personas que en él habitan y que se encuentra ubicado a pocos metros de su domicilio real. Ello es así, en tanto no puede negarse que lo que allí acontece la afecta de un modo directo".

La Cámara confirma la sentencia en cuanto admite la legitimación de la actora, y condena a la Municipalidad para que en el plazo de 60 días adopte las medidas necesarias para restablecer el equilibrio ecológico afectado (art. 43 CN).

ix.3) "Moro, Carlos Emilio y otros c. Municipalidad de Paraná s/ amparo" (33)

Los vecinos promueven acción de amparo en base al art. 26 de la Constitución Provincial y la ley de Procedimiento Constitucional, contra la Municipalidad de la Ciudad de Paraná con el objeto de que se disponga el inmediato cese de las obras de construcción de un albergue municipal. Si bien la Ciudad no tenía un Código de Planeamiento estaba vigente un decreto municipal de 1993 por el cual, en esa zona, sólo se permitían

(32) CNCiv., sala D, 1995/08/28, ED, 1995/11/22, con nota de OSVALDO GOZAÍNI.

(33) SJT Entre Ríos, sala I en lo Penal, con nota de DANIEL SABSAY, *La protección del medio ambiente a través del llamado amparo colectivo a propósito de un fallo de la justicia entrerriana*, ED, 1996/04/16.

usos establecidos en una tabla donde no aparece el de residencia o albergue y mucho menos deportivo.

Invocan el art. 41 de la CN por el cual tanto los habitantes como las autoridades tienen la obligación de proveer lo necesario para la protección del ambiente. Manifiestan que se encuentran legitimados activamente en tanto son afectados en su calidad de vecinos.

En esta causa resuelta por el Tribunal Superior de Entre Ríos, a mediados de 1995, los magistrados intervinientes en las dos instancias del juicio adhieren a la postura amplia de consideración del término "afectado". En el presente fallo, al igual que en los dos anteriores el "afectado" aparece de algún modo bajo el ropaje de "vecino". Es cierto que en esta sentencia no se utiliza el término, como en sus precedentes, pero de hecho se le reconoce calidad de amparistas a un grupo de personas que en su calidad de ciudadanos y de vecinos próximos al lugar donde se está efectuando la construcción de un albergue deportivo, se sienten agraviados por los efectos que sobre el ambiente producirá dicho emprendimiento. En este caso se extiende la noción de ambiente al patrimonio histórico y cultural, ya que la obra que se estaba efectuando en zona residencial donde según las ordenanzas del municipio, no se podían realizar construcciones de ese tipo. Por tanto la construcción del albergue con el movimiento de delegaciones deportivas significaba un serio ataque al Parque Urquiza en su fisonomía y modo de utilización y por ello producía un daño grave e irreparable (de llegar a su culminación) en el entorno "histórico-referencial" dentro del cual transcurre la existencia de una comunidad humana.

ix.4) "Viceconte, Mariela c. Estado Nacional Ministerio de Salud y Acción Social s/amparo ley 16.986"[34]

En este caso se advierte como el concepto de ambiente incluye el derecho a la salud y en último caso a condiciones dignas de vida para el ser humano.

La actora inició una acción de amparo a fin de que se ordenara al Estado Nacional:

- ejecutar la totalidad de las medidas necesarias para completar la unidad de producción de la Vacuna Candid 1 destinada a controlar el Mal de los Rastrojos, a producirse en el Instituto Nacional de Enfermedades Virales Humanas Dr. Julio I. Maiztegui, asegurando su inmediato suministro a la totalidad de la población potencialmente afectada por el Virus Junín; e
- implementar una campaña para restablecer el ecosistema, alterado por la destrucción de las áreas que servían como hábitat natural a las especies animales que cazaban a los roedores, portadores del Virus Junín, indicando las etapas y trabajos que debía contemplar el plan.

(34) ED, 1996/04/16; LA LEY, 1998-F, 102.

La reclamante invocó para fundar el amparo el art. 43 CN que reconoce el derecho a toda persona a interponer acción rápida y expedita de amparo (...) contra todo acto u omisión de autoridades públicas (...), su derecho a que la salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, su derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure la salud y el bienestar, como así también que debían tenerse en cuenta las medidas que los Estados debían adoptar para asegurar la plena efectividad del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, de acuerdo con normas de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del hombre de 1948[35], Declaración Universal de Derechos Humanos 1949-ONU, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales N. York 1966.

El Juez de Primera Instancia rechazó el amparo por las diversas razones que fueron desvirtuadas por la actuación de los jueces de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo, Sala IV. En esta instancia se ordenó la realización de inspección ocular y audiencia, medida que fue concretada por el presidente del Tribunal, quien se constituyó en el Instituto y realizó el reconocimiento judicial en forma directa, lo que permitió un mayor esclarecimiento de la situación.

Así la Sala resolvió:

- revocar la sentencia, basándose no sólo en el derecho a la salud del que goza toda persona sino en consideración al derecho al bienestar general consagrado en el preámbulo de la Constitución Nacional;
- emplazar al Estado Nacional, obligándolo a cumplir estrictamente y sin demoras el cronograma establecido; y
- confirmar lo decidido respecto a la recomposición del ecosistema, por cuanto este aspecto requiere un mayor debate y prueba, y además implicaría obligaciones a cargo de terceros ajenos al proceso (los propietarios de los terrenos).

(35) Aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana, en la ciudad de Bogotá, Colombia, 1948.

Para así decidir tuvo en cuenta la necesidad social de que se atienda el problema del ambiente y su incidencia en la calidad de vida, ya que el Estado está obligado a prestar el servicio público de salud y por tanto los habitantes tienen el derecho de exigirlo. En el caso analizado el Estado se había comprometido a proveer las dosis de vacunas para la población que potencialmente podía llegar a contraer la enfermedad.

Además a la actora, ya se le estaban suministrando las vacunas, al momento de suspenderse su producción.

El Defensor del Pueblo, citado como tercero interesado fue tenido como parte y la Cámara le impuso la obligación de controlar el cumplimiento del cronograma (art. 86 CN).

x) Amparo colectivo y discriminación

El amparo colectivo tiene un amplio campo de acción en materia de discriminación. Su utilización permite la aplicación en ámbitos diversos dentro de los derechos de tercera generación. La admisión de esta figura puede abrir la legitimación a grupos o individuos que invoquen un interés de resultas de actos u omisiones basados en normas que desconocen de manera arbitraria y manifiesta los derechos fundamentales surgidos de la Constitución y de los tratados internacionales, sobre todo aquellos que tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 CN). Este tipo de transgresiones, en la medida que afecten los derechos sociales, políticos, culturales o económicos, pueden traer aparejada la discriminación, perjudicando o excluyendo a un grupo determinado de personas, por cualquiera de las causales así contempladas por el derecho internacional de los derechos humanos.

La jurisprudencia ha considerado, en ciertos casos, al amparo como alternativa principal y no subsidiaria. En este sentido se dio acogida y se resolvió favorablemente la acción de amparo intentada por una persona a la que el Instituto de Obra Social le había retirado las prestaciones médico asistenciales. Veamos como se resuelven los temas centrales. Para responder afirmativamente a la pretensión la Cámara consideró que la reforma ha derogado los condicionamientos impuestos:

- Artículo 2º de la ley 16.986:

Sobre tan trascendente fallo[36] destacamos los siguientes considerandos del voto del doctor Pérez Delgado: "Un texto legal que ha reglamentado el amparo sobre la base de un distinto soporte constitucional,

(36) "Guezamburu I. c. IOS s/Amparo", Causa 30317/95, CCiv. y Com. Fed., LA LEY, 1996-C, 509.

no se puede considerar vigente frente a un nuevo texto de la Constitución que lo ha regulado de modo autosuficiente". La decisión se apoya en la doctrina de Morello, Spota y en particular el magistrado cita la opinión de Rivas, "quien además, sostiene expresamente que el nuevo texto constitucional importa la derogación de los condicionamientos impuestos por el art. 2º de la ley 16.986, inclusive el plazo de caducidad que contemplaba el inc. e".

- Operatividad de la norma constitucional:

Los jueces han decidido, aun sin ley reglamentaria, admitir los amparos que eran sometidos a su consideración. Han aplicado, una vez más, la argumentación derivada de los casos "Siri" y "Kot", en cuanto estableció que: "las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas en la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias".

Con este fundamento ha hecho lugar a reclamos ya mencionados y en lo que hace específicamente al tema discriminación el caso "Labatón, Ester A. c. Poder Judicial de la Nación"[37].

Veamos brevemente los hechos: la doctora Labatón, patrocinada por los abogados de la Asociación por los Derechos Civiles, promueve acción de amparo contra el Estado Nacional —Poder Judicial de la Nación— solicitando la instalación de rampas de acceso, en los edificios en los que funcionaban los tribunales nacionales en los que ella actuaba.

La doctora Labatón era abogada, especialista en temas de discapacidad.

Lo que distinguía la situación de la doctora Labatón de la mayoría de sus colegas era el hecho de que ella, desde pequeña, era cuadripléjica lo que la obligaba a desplazarse en una silla de ruedas. En virtud de esto, la peculiar arquitectura de los edificios de los tribunales, desprovistos de rampas o montacargas para sillas de ruedas, constituía un obstáculo insalvable para que la nombrada, pudiera cumplir con su labor profesional.

En la demanda se sostuvo que las omisiones incurridas por parte del Poder Judicial de la Nación configuraban una violación del art. 21 de la ley 24.314, que modifica la ley 22.431, que establece que los edificios de uso público deberán observar la accesibilidad y posibilidad de uso en todas sus partes por personas de movilidad reducida.

Se agregó, también, que dichas omisiones lesionaban en forma actual los derechos de la doctora Labatón, reconocidos en el art. 14 de la

(37) CNFed. Contencioso administrativo, sala V, 1996/09/06.

Constitución Nacional a trabajar y a transitar libremente por el territorio nacional. Se recordó que en el moderno Estado social (art. 14 bis de la Constitución), la obligación de las autoridades de no violar el derecho constitucional de transitar no se limitaba a la ausencia de restricciones impuestas por el Estado, sino también a una obligación activa de aquél de remover los obstáculos para garantizar el ejercicio de tal derecho. Se recordó que en el caso concreto de los discapacitados, la obligación del Estado de remover dichos obstáculos estaba prevista en las disposiciones de la ley 22.431 y su modificatoria 24.411.

El Estado Nacional al contestar la demanda se opuso a la pretensión de la doctora Labatón argumentando que no se habían cumplido aún los plazos que la ley 22.431 le imponía a aquél para que eliminara las barreras arquitectónicas para discapacitados en edificios públicos.

La Asociación respondió invocando lo irrazonable del argumento dado que el vencimiento de los plazos era inminente.

La sentencia del Juez de Primera Instancia del 6 de setiembre de 1996 concede el recurso y condena al Estado Nacional —Poder Judicial de la Nación— a efectuar las obras necesarias para asegurar la visitabilidad de todos los edificios en los que funcionaban los tribunales en los que actuaba la demandante.

Ante la apelación del Estado Nacional el 25 de setiembre de 1996, la sala V de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó, en lo esencial, lo decidido en Primera Instancia.

En el caso "Youssefian"[38] la sentencia afirma que "en última instancia la legitimación (se remite) a un punto de derecho sustancial (en la medida en que negar la legitimación equivale a negar el derecho)". En este caso se trataba de un amparo en defensa de los derechos del consumidor (arts. 42 y 43 CN). Resulta interesante la relación en este caso de los derechos de tercera generación con los mecanismos de participación, en este sentido el considerando XXVII expresa, "Que en tales condiciones, es adecuado interpretar que el instituto de la audiencia pública (que tras la reforma del estado dispuesta por la ley 23.696, resulta previsto en las leyes regulatorias de los servicios públicos de transporte y distribución de la electricidad y del gas y en el mentado decreto 1185/90) constituye uno de los cauces posibles para el ejercicio de los derechos contemplados en el mentado artículo 42 CN. Ello es así porque la realización de una audiencia no sólo importa una garantía de razonabilidad para el usuario y un instrumento idóneo para la defensa de sus derechos, un mecanismo

(38) CNCont. Adm. Fed., sala IV, "Youssefian, Martín c. Secretaría de Comunicaciones", LA LEY, 1997-F, 270.

de formación de consenso de la opinión pública, una garantía de transparencia de los procedimientos y un elemento de democratización del poder sino que —en lo que hace al sub examine— resultaría una vía con la que podrían contar los usuarios para ejercer su derecho de participación en los términos previstos en el invocado art. 42 de la Constitución Nacional antes de una decisión trascendente".

Sería interesante realizar un análisis de estos fallos a la luz de la nueva interpretación de la Suprema Corte en el caso "Halabi", a fin de determinar en qué casos podría aplicarse el criterio elaborado en el fallo.

xi) Instrumento para la aplicación de los tratados internacionales

En este punto nos parece fundamental rastrear las bases para la operatividad de este tipo de tratados. Al respecto, existe una abundante jurisprudencia comparada, ya que en última instancia acá se encuentra el secreto sobre la eventual aplicación de estas cláusulas. "El tema central que domina el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, es la ejecución o "enforcement". Desde el punto de vista del individuo, la consideración primaria será la medida o extensión en que las disposiciones de los tratados tienen efecto dentro del sistema jurídico interno"[39].

Cuando el Pacto de San José de Costa Rica (Convención Americana sobre Derechos Humanos)[40] en su art. 1º y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 2.1, ratificado juntamente con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 2.2, establecen el deber de los Estados de respetar y garantizar todos los derechos que cada uno de tales tratados contiene, obligan a no discriminar para su ejercicio entre las personas. Y cuando enuncian los motivos por los cuales queda prohibida la discriminación, citan "...posición económica" o "cualquier otra condición social". Art. 2.2. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: "Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".

Los tres instrumentos citados poseen jerarquía constitucional a partir de la reforma constitucional de 1994 conforme art. 75, inc. 22, no olvidemos que todos estos tratados, de conformidad con lo que dispone el

(39) TRAVIESO, JUAN ANTONIO, *Control de constitucionalidad y sus enfoques en Tratados Internacionales*, DJ, 1997-1, 491.

(40) Aprobados por ley 23.054, B.O. 1984/03/27; 23.313, B.O. 1986/05/13.

nuevo inc. 23 del citado artículo, obligan a la promoción y a la adopción de medidas positivas para el pleno goce y ejercicio de los derechos.

Con referencia al amparo en relación con la operatividad de las normas de origen internacional, queremos recordar que la doctrina norteamericana ha elaborado tres criterios para determinar el carácter autoejecutivo de las disposiciones de un tratado:

- la intención de las partes;
- la precisión y los detalles de los términos utilizados; y
- la relación del tema con las facultades de la rama judicial, más que de las ramas legislativa o ejecutiva[41].

En el caso argentino la solución del constituyente de reforma, ya comentada, no deja dudas sobre la operatividad de las normas contenidas en los tratados que integran el derecho internacional de los derechos humanos.

En tal sentido, se ha sostenido en el caso "Asociación de trabajadores del Estado c. Armada Nacional"[42] en que una decisión administrativa afectaba el derecho a la salud de los amparistas que "la preservación de la salud y la posibilidad de asistencia médica son derecho garantizados por el art. 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos[43] y el art. XI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, incorporadas con jerarquía constitucional por el art. 75, inc. 22 de la Ley Fundamental vigente" lo que hace su goce operativo sin necesidad de reglamentación.

Por último, la declaración de inconstitucionalidad de oficio posibilita que el juez vele por el cumplimiento de los tratados en la medida que evitará que continúen en vigencia aquellas normas que se opongan a ellos.

xii) El amparo colectivo como componente de la democracia participativa[44]

Se puede afirmar que un edificio institucional que tienda a la consolidación de una democracia participativa no se puede limitar a un modo

(41) VON POTOBSKY, GERALDO, *Los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo: una nueva dimensión en el orden jurídico argentino*, DT, 1997-A.

(42) "Asociación de Trabajadores del Estado c. Armada Argentina s/amparo", 1997/01/15.

(43) Adoptada y proclamada por la Resol. 217 A (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

(44) SABA, ROBERTO y BÖHMER, MARTÍN, *Participación Ciudadana en la Argentina: Estrategias para el efectivo ejercicio de los derechos*, en: *La Sociedad Civil frente a las nuevas formas de institucionalidad democrática*. Cuadernos del Foro. Año 2, Nº 3, M. Abregú y S. Ramos (editores), CELS-CEDES, Buenos Aires, 2000.

distinto de accionar ante la Justicia. El ejercicio de una generación de derechos de características muy especiales, como son los de incidencia colectiva, no puede dejar de producir una mayor participación y un cambio en el proceso de toma de decisiones. Este es uno de los elementos a los que necesariamente se deben adicionar otros; como son por ejemplo aquellos que hacen a la participación (audiencias públicas, por caso) o también a lograr el buen "enforcement" o aplicación y cumplimiento de las mismas.

De esta manera será posible la obtención de decisiones públicas resultantes de una cultura de consenso y no de imposición.

Dentro del esquema, la intervención del Poder Judicial, vía una *class action* o a través, en nuestro caso, de un amparo colectivo, no puede constituirse en la manera ordinaria de dirimir este tipo de asuntos.

La observación de casos exitosos de amparo colectivo pone de manifiesto, el carácter limitado de la posibilidad judicial de resolver de manera ordinaria las fallas de los decisores políticos.

El comentario del caso ya citado, "ATE c. Armada Nacional", ilustra por sí solo nuestra afirmación. Es un amparo colectivo que se interpone en Río Santiago, a fin de impedir el cierre del hospital que la Marina posee allí. Tal decisión había sido tomada por el Jefe de la Armada haciendo uso de la Ley de Reforma del Estado. La acción es interpuesta por la Asociación de Trabajadores del Estado de Ensenada y se funda, por un lado, en la violación del derecho a la estabilidad laboral, por otro lado, y he aquí el argumento desde la visión del interés de la comunidad, en la defensa del derecho a la salud. En el caso, se resuelve favorablemente el tema de la legitimación ya que los amparistas fundan su legitimación en la calidad de titulares de una suerte de cuota parte, de un interés difuso que persigue la satisfacción de una mejor calidad de vida. Éste se deriva del objetivo compartido por toda la comunidad de ese lugar, consistente en la prestación de un servicio adecuado de salud a partir de un establecimiento, nosocomio, con particulares características. (Producido el cierre, dicha comunidad se vería obligada a recurrir a otro establecimiento de la misma naturaleza pero situado por lo menos a 400 o 500 Km de distancia).

Admitida la legitimación y reconocido el derecho el hospital no se cerró y esto es altamente positivo. Pero la sentencia no se ha visto luego acompañada de decisiones en materia de políticas que apuntalen al sector de la salud.

El segundo caso ya comentado desde el ángulo de la legitimación activa, es igualmente interesante, nos referimos a la sentencia "Viceconte c. Ministerio de Salud".

Allí se considera que más allá de lo que el Poder Ejecutivo está haciendo es esencial que lo haga de conformidad con un determinado tiempo, dentro de un determinado plan de inversiones y que se cumpla el presupuesto y una serie de indicaciones más que hacen al modo cómo se debe gobernar, de manera adecuada y transparente. Para llegar a este resultado se llevan a cabo una gran cantidad de investigaciones *in situ* y se le exige al Poder Ejecutivo que vuelva a dar los fondos, a retomar el personal, todo lo cual permita que en un tiempo prudencial se reinicie la producción de la vacuna.

Respecto de lo solicitado en la segunda parte del amparo, con muy buen criterio, el tribunal interviniente fija los límites de la actividad judicial. Ello en tanto y cuanto un juez no puede organizar el replantado de árboles ni tomar las medidas necesarias para asegurar el regreso de los felinos que serían los encargados de eliminar a las ratas que contagian el mal —entre varias de las medidas requeridas en la demanda—. Tampoco es de la incumbencia de los magistrados el ejercicio del poder de policía en la materia, ya que todo ello desborda totalmente la competencia del Poder Judicial, pues es propio del poder político.

Con posterioridad al dictado del fallo, el Instituto reanudó el trabajo de manera más acelerada, no así respecto de la parte rechazada de la acción. Es decir que la falta de competencia del juez, solo podría ser solucionada plenamente por políticas apropiadas de parte del poder administrador.

Es evidente que la judicialización de las cuestiones de la sociedad civil plantea dos grandes problemas. Primero, el límite de la actividad judicial como consecuencia de la misma naturaleza de su competencia, como surge del caso en análisis. Segundo, las características de los resultados que se obtienen a través de ella. La lógica de un pronunciamiento judicial importa la concesión de toda la razón a una de las partes en detrimento de la otra. Está claro que el objetivo que debe perseguirse en la resolución de la mayoría de las situaciones difíciles que plantea el gobierno de las sociedades es absolutamente distinto por lo que todos deberán perder algo, para que uno solo no pierda todo, de resultas de lo cual todos ganarán algo. Lo fundamental es entender que el acceso a la justicia constituye uno de los remedios posibles pero que no puede ser el único, por las limitaciones ya mencionadas.

En síntesis, el amparo "colectivo" del art. 43, 2º párrafo, resulta una herramienta de particular utilidad para posibilitar la apertura de la justicia a la defensa de derechos e intereses colectivos.

La existencia de una importante corriente doctrinaria en lo jurídico, avalada por la opinión de muchos de los más prestigiosos publicistas argentinos, ha servido para situar a la nueva figura y en especial, al alcance de quienes están legitimados para interponerla, en un punto ideal para dar cumplimiento a los objetivos de participación y de control a que hacemos mención en los puntos anteriores. Asimismo, desde la jurisprudencia se observan importantes fallos que desde las diversas instancias judiciales, se han pronunciado en el mismo sentido que la señalada doctrina de los autores. Sin embargo, estas señales positivas, no pueden dejarnos perder de vista los riesgos que se ciñen sobre el amparo colectivo. En efecto, una corriente doctrinaria minoritaria tiende a interpretar su alcance con la mayor restricción posible.

En relación con el control de constitucionalidad directo que el instituto ofrece, no se puede dejar de destacar la diferencia existente con el de los Estados Unidos, si bien ambos son difusos, en el último el efecto de las sentencias se rige por el principio de obligatoriedad de los precedentes, lo que no ocurre en el nuestro. Como consecuencia inevitable de lo anterior en nuestro país quedan muy debilitados los efectos del control de constitucionalidad. Esto dada la posibilidad de que ante situaciones similares, distintos jueces puedan opinar de manera diferente, en lo relativo a determinar si una norma se compadece o no con la Constitución. Esta gran diferencia hace que en el sistema argentino el control de constitucionalidad sea contingente y por ende mucho más débil que el del país del norte.

4. HÁBEAS DATA

Constituye una novedad dentro de nuestro derecho y es un mecanismo de defensa frente al "poder informático" que permite invadir el derecho a la privacidad reconocido en el art. 19 de nuestra Constitución.

El fenómeno aparece con la organización del relevamiento de datos sobre las personas para la creación de bancos, de parte de la administración pública como así también de entidades privadas. Nadie discute la utilidad de esas fuentes de información, ellas constituyen una valiosísima herramienta para la concreción de variados fines, que hacen a la satisfacción del interés general. Pero frente a esta cara de la moneda, surge igualmente otra realidad que se relaciona con el poder que adquiere quien maneja esos datos. Ellos pueden ser también empleados para influir en variadas formas sobre la buena fe de las personas, para de ese modo lograr objetivos que lejos de satisfacer a los titulares de esa información se convierten en serias amenazas para sus actividades, su buen nombre u honor o se transformen en un canal susceptible de ser utili-

zado con fines de tipo discriminatorio. Las consecuencias no deseadas pueden ser múltiples y obligan a la búsqueda de nuevas garantías que desde el campo del derecho constitucional permitan que las personas no se vean privadas de su derecho a la intimidad.

Como expresa la doctora Loianno[45]: "El ámbito de derechos que tutela el hábeas data muestra que el punto de mira no es sólo impedir intromisiones ilegítimas en la esfera privada sino evitar que los datos obtenidos sean utilizados o transferidos sin el resguardo y control que pueda tener la persona, de este modo se elimina o al menos parcialmente el llamado rumor informático y se instala una valla a las empresas que hacen de las bases de datos su fuente de comercialización".

a) Antecedentes

A raíz de este problema, numerosos países han sancionado normas protectoras de este tipo de situaciones. Entre ellos caben ser destacados los casos de EE.UU., Australia, Finlandia, Islandia, Bélgica, Italia, Gran Bretaña y España. La Constituciones española de 1978 (arts. 18.4 y 105, b) y portuguesa de 1976, art. 35, se encuentran entre las primeras que han incorporado esta problemática al texto de una Ley Fundamental. En nuestro continente el modelo es el art. 5º de la Constitución de Brasil el que con el título, precisamente, de hábeas data, le otorga a los brasileños la posibilidad de recibir, corregir información sobre su persona, contenida en un prontuario personal o en cualquier banco de datos mantenido por el gobierno.

Junto a estas legislaciones se debe tener también en cuenta el Convenio para la Protección de las Personas respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal, adoptado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, el 22 de setiembre de 1980.

El texto presenta entre sus rasgos de mayor interés las exigencias de veracidad y correcta utilización de los datos (art. 5º), prohibición del tratamiento automático de informaciones referentes al origen racial, opiniones políticas, creencias religiosas u otras, salud sexual y condenas penitenciarias (art. 6º) y seguridad de los registro de datos (art. 7º). Se reconoce también el derecho al conocimiento por parte de los interesados de la existencia de datos que les concierne, de la posibilidad de cancelarlos o corregirlos, así como la de la facultad de recurrir frente a la transgresión de los derechos anteriores (art. 8º). El convenio admite la posibilidad de establecer excepciones a estas normas de protección,

(45) LOIANNO, ADELINA, *Hábeas data y derecho a la verdad*, en DANIEL ALBERTO SABSAY, *Colección de análisis jurisprudencial. Derecho Constitucional*, La Ley, 2002.

cuando sea necesario en una sociedad democrática para la seguridad del Estado o la protección de los derechos de los demás (art. 9º-1).

Este clima doctrinal y normativo entraña el reconocimiento de la libertad informática que comporta garantizar a las personas individuales y en su caso colectivas (partidos, sindicatos, asociaciones) el derecho fundamental a la información, esto es, la facultad de acceso por parte de los afectados a las informaciones que les conciernen, en lo que se ha visto en la consagración de un hábeas data, por su finalidad equiparable al clásico hábeas corpus, la facultad de corrección y cancelación de datos inexactos o procesados indebidamente, el denominado derecho al olvido, a tenor del cual ciertas informaciones deben ser eliminadas de los dossier transcurrido un determinado período de tiempo desde el momento en que acaeció el hecho a que se refiere, para evitar que el individuo quede prisionero de su pasado y la tutela de las facultades anteriores mediante el establecimiento de los oportunos concursos.

En los últimos años la doctrina y la jurisprudencia de Alemania han contribuido a conformar una versión peculiar de la libertad informática a través del "derecho a la autodeterminación informativa", que aparece concebido como la facultad de los ciudadanos de decidir libremente, es decir, por sí mismos cuando y dentro de qué límites es procedente revelar informaciones referentes a su vida privada.

b) En nuestro texto constitucional

La norma constitucional (art. 43, 3º párrafo)[46] que regula esta nueva acción preserva el secreto de las fuentes periodísticas, tratando de evitar que la consagración de esta acción pueda implicar un desmedro al derecho de información y de prensa, enfáticamente tutelados en nuestra Constitución Nacional.

El derecho público provincial ha receptado este instituto en la mayoría de las Constituciones sancionadas a partir de 1986 entre ellas, las de Córdoba, Río Negro y San Luis.

Nuestra Corte Suprema hizo lugar a la vigencia de esta garantía, aún antes de su reglamentación por ley del Congreso, lo que permitió de alguna manera que la ley previera situaciones que se habían planteado en conocidos casos judiciales.

(46) "Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística" (art. 43, 3º párr.).

c) Caso "Urteaga"

Entre ellos podemos mencionar "Urteaga, Facundo R c. Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas"[47], en el cual Facundo Urteaga dedujo una acción de hábeas data, contra el Estado Nacional y el Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas y el Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, para "obtener información que exista en los Bancos de Datos... de los organismos que enumera sobre su hermano Benito J. Urteaga, 'abatido' el 19 de julio de 1976 en un departamento ubicado en Villa Martelli...".

La Corte vuelve a invocar su doctrina según la cual la falta de reglamentación legislativa no obsta a la vigencia de ciertos derechos que por su índole pueden ser invocados, ejercidos y amparados sin el complemento de disposición legislativa alguna.

Para fallar revocando la sentencia de Cámara, admite la legitimación invocada por Facundo en su calidad de hermano de quien supone fallecido, toda vez que "la habilitación para accionar de un familiar directo, con sustento en el derecho a que se proporcione información, aparece en las circunstancias del caso, como una de las alternativas de reglamentación posibles en el marco de una discreta interpretación del texto constitucional". Argumento con el cual revoca lo resuelto por la Cámara en el sentido de negar legitimación a Facundo por aplicación excesivamente formal del texto del art. 43 CN, en cuanto se refiere a una acción para conocer, rectificar o anular, datos personales.

d) La ley 25.326[48]

Finalmente el tema que nos ocupa fue reglamentado por la ley 25.326 de 2000. En esta "ley de hábeas data y protección de los datos personales" se establecen los principios generales relativos a la protección de datos, se reglamentan los derechos de los titulares de datos, los derechos y obligaciones de usuarios y responsables de archivos, registros y bancos de datos, el control, las sanciones y la acción judicial prevista para la protección de datos personales.

Recordemos que con anterioridad había sido sancionada la ley 24.745 (1996), observada por el Ejecutivo Nacional, que implementaba un tratamiento diverso para los distintos tipos de archivos, y no solucionaba el tema de la legitimación activa, que como vimos fue central en "Urteaga".

(47) CSJN, 1998/10/15, LA LEY, 1998-E, 2237.
(48) B.O. 2000/11/01, Nº 29.517, 1ª Sección.

Entre los principios generales para la protección de datos, según la ley, para ser lícitos deben estar debidamente inscriptos y guardar ciertas condiciones para ser tenidos por tales como que deben ser ciertos, adecuados, pertinentes. En cuanto al objetivo del archivo no pueden ser utilizados para finalidad distinta de la que motivara su recolección. Con respecto al acceso, los datos deben ser accesibles a tu titular, quien es el único que puede brindar su consentimiento para el tratamiento de los datos personales.

La acción puede tener dos finalidades, tomar conocimiento de los datos personales y de la finalidad de los registros o bien en caso de que se presuma su falsedad, inexactitud, desactualización, solicitar su rectificación, supresión, confidencialidad o actualización.

Con respecto a la legitimación activa admite no sólo la del titular sino también a sus tutores y sucesores en línea directa o colateral hasta el segundo grado, dando respuesta a la situación del caso Urteaga, donde el actor pedía informes sobre los datos de su hermano desaparecido en 1976.

BIBLIOGRAFÍA

- BARRA, RODOLFO C., *La acción de amparo en la Constitución reformada*, LA LEY, 1994- E, 1087.
- BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *La legitimación procesal activa en el párrafo segundo del art. 43 de la Constitución*, ED, 1996/02/06.
- BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, t. VI, "La reforma constitucional de 1994", Ediar, Buenos Aires, 1995.
- CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Sobre la protección ambiental*, LA LEY, 1995-E, 1217.
- EKMEKDJIAN, MIGUEL A., *Tratado de Derecho Constitucional*, t. III, 1995.
- GOZAÍNI, OSVALDO A., *La noción de afectado y el derecho de amparo*, ED, 1995/11/22.
- JIMÉNEZ, E. P., *Los Derechos de la Tercera Generación - Medio Ambiente, Derechos del Usuario y del Consumidor, Acción de Amparo-Jurisprudencia*, Ediar, Buenos Aires, 1997.
- LOIANNO, ADELINA, Hábeas data y derecho a la verdad, en DANIEL ALBERTO SABSAY, *Colección de análisis jurisprudencial. Derecho Constitucional*, La Ley, 2002.

- MORELLO, AUGUSTO M., *El amparo después de la reforma constitucional*, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Santa Fe, 1994, Nº 7.
- MORELLO, AUGUSTO M., *Posibilidades y limitaciones del Amparo*, ED, 1995/11/22.
- PADILLA, MIGUEL, *Lecciones sobre derechos humanos y garantías*, t. III, Abeledo Perrot, 1987.
- RIVAS, ADOLFO, *El plazo de caducidad en el nuevo amparo*, LA LEY, 2000-C, 346.
- SABA, ROBERTO y BÖHMER, MARTÍN, *Participación Ciudadana en la Argentina: Estrategias para el efectivo ejercicio de los derechos*, en: *La Sociedad Civil frente a las nuevas formas de institucionalidad democrática*. Cuadernos del Foro. Año 2, Nº 3, M. Abregú y S. Ramos (editores), CELS-CEDES, Buenos Aires, 2000.
- SABSAY, DANIEL ALBERTO, *El amparo como garantía para la defensa de los derechos fundamentales*, Revista de Derecho Procesal N° 5, Rubinzal y Asociados, octubre 2000.
- SABSAY, DANIEL ALBERTO, *La protección del medio ambiente a través del llamado amparo colectivo a propósito de un fallo de la justicia entrerriana*, ED, 1996/04/16.
- SABSAY, DANIEL ALBERTO, nota a fallo *Una decisión que amplía el acceso a la jurisdicción para garantizar la igualdad y el cumplimiento de los compromisos internacionales*, LA LEY, 2005-E, 35.
- TORICELLI, MAXIMILIANO, *Legitimación activa en el art. 43 de la Constitución Nacional*, en BIDART CAMPOS, GERMÁN y SAGÜÉS, NESTOR P., *El Amparo Constitucional-Perspectivas y Modalidades*, Depalma, Buenos Aires, 1999.
- TRAVIESO, JUAN ANTONIO, *Control de constitucionalidad y sus enfoques en Tratados Internacionales*, DJ, 1997-1, 491.
- VON POTOBSKY, GERALDO, *Los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo: una nueva dimensión en el orden jurídico argentino*, DT, 1997-A.
- WALSH, J. R.: *El medio ambiente en la nueva Constitución argentina*, La Ley, Suplemento de Derecho Ambiental, Año 1, Nº 1 (1994/12/06).

CAPÍTULO XII

SITUACIONES DE EMERGENCIA

SUMARIO: 1. Situaciones de emergencia. Distintas clases de emergencia.— 2. Estado de sitio. a) Origen. b) Finalidad. c) Normativa constitucional. i) Causas que lo autorizan. ii) Organo que lo declara. iii) Límites de espacio y tiempo. iv) La restricción de los derechos y las facultades judiciales de revisión. v) Facultades del Presidente. vi) El derecho de opción.— 3. Doctrina de la emergencia económica. Evolución jurisprudencial.— 4. Prohibiciones del artículo 29 de la Constitución. a) Institutos prohibidos. b) Efectos de los actos incriminados. i) Nulidad insanable. ii) Los poderes tiránicos.— 5. La defensa del orden democrático. a) Delitos constitucionales. b) El derecho de resistencia. c) Delito doloso contra el Estado. d) Etica pública.

1. SITUACIONES DE EMERGENCIA

Se denomina situación de emergencia a aquella circunstancia absolutamente excepcional y súbita que se interpone al normal desarrollo de las instituciones, y que obliga a mitigar de manera transitoria el carácter imperativo de las normas de derecho público contenidas en la Ley Fundamental.

Cabe señalar que esta rápida conceptualización de la noción jurídica de emergencia destaca sus elementos fundamentales. Son ellos, la excepcionalidad, la transitoriedad, la necesidad de impedir males mayores en resguardo del interés general de la comunidad, el acaecimiento de una situación imprevisible que se impone a la voluntad de los protagonistas, quienes no la han provocado en modo alguno.

En nuestro país, la emergencia es y ha sido uno de los elementos fundamentales de su accidentada vida institucional. Así, de manera transversal y desde muy larga data, prácticamente todos los institutos de fuente constitucional han sido afectados por esta noción. Lo preocupante para el Estado de Derecho es que se produce su debilitamiento cada vez que se invoca la emergencia, en tanto ello importa fuertes restricciones a los derechos consagrados en la Constitución en aras de hacer frente a esa situación de carácter extraordinario.

Sin embargo, resulta sorprendente la recurrencia del fenómeno en la realidad argentina, el cual aparece como sustento de toda clase de apartamiento de las reglas constitucionales, a punto tal que se encontrarían en pugna dos Constituciones en nuestro país, una para tiempos normales y otra para las emergencias. Todo lo cual se debe fundamentalmente a:

- Una cultura, en particular de parte de los gobernantes, muy poco afecta a guiar sus actos y decisiones con los dictados del principio de imperio de la ley.
- El sobredimensionamiento del orden y de la eficacia, y la afirmación de la necesidad de apartarse de las formalidades contempladas en la Constitución y en las leyes para lograr aquellos objetivos.
- La pugna constante entre legitimidad *de jure* y legitimidad *de facto* como fuentes para el ejercicio de la autoridad de los gobernantes.
- La falta de efectiva vigencia en el tiempo del principio de separación de poderes en la historia constitucional argentina.
- El debilitamiento del modelo federal de estado hasta convertir a las autoridades provinciales en verdaderas subalternos del gobierno nacional, en busca de los recursos esenciales para hacer frente a los compromisos locales.

Frente a este estado de cosas, poco a poco se han ido erosionando muchos de los elementos del Estado de Derecho y han fracasado los controles previstos para evitar este tipo de desviaciones. De este modo, se contribuye al debilitamiento del sistema democrático en su conjunto y al aumento del descreimiento de los ciudadanos en las bondades de un sistema que proclama la plena vigencia de las nociones de poder limitado y del reconocimiento de los derechos humanos[1].

Distintas clases de emergencia

Existen diferentes situaciones de emergencia, según las causas en las que se originan.

Históricamente, tuvieron recepción en la Constitución Nacional las emergencias de origen político, derivadas de conflictos internacionales o de graves disturbios internos que afectaban el desenvolvimiento normal de las instituciones.

(1) LA LEY, 2002-F, 1517.

Los mecanismos constitucionales diseñados para dar respuesta a estos acontecimientos son el estado de sitio y la intervención federal, según se trate de las situaciones previstas en el art. 23 o en el art. 6º de la norma fundamental.

A su vez, las crisis económicas de posguerra dieron lugar a la adopción jurisprudencial de la doctrina de la emergencia económica, con fundamento en precedentes de la Corte norteamericana, pero, sin base constitucional precisa.

A partir de la reforma de 1994 adquieren "status" constitucional dos nuevos tipos de emergencia. Por una parte, el art. 76 de la Ley Suprema autoriza la delegación legislativa por causa de emergencia pública. A su vez, el art. 99, inc. 3º habilita al Presidente para dictar decretos de necesidad y urgencia *"cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes"*.

Estos institutos, sin embargo, ya formaban parte de la Constitución material, a raíz de una tendencia cada vez mayor de nuestros gobernantes a invocar la emergencia para ejercer el poder sin sujeción a los límites contemplados en el derecho público. El ejercicio de estas potestades legislativas por parte del titular del Ejecutivo, importa la sustracción de una notable porción de facultades propias del Poder Legislativo, que no se ha visto equilibrada, hasta el presente, con un sistema de controles eficaces[2].

2. ESTADO DE SITIO

El estado de sitio es un instituto de carácter excepcional establecido por la Constitución para permitir la defensa de las instituciones democráticas frente a situaciones inusitadas y transitorias de carácter político.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación definió al instituto en un antiguo fallo como *"un arma de defensa extraordinaria puesta en manos de los poderes políticos de la Nación, para que, en épocas también extraordinarias, puedan defenderse de los peligros que amenacen tanto a la Constitución como a las autoridades que ella crea"*[3].

a) Origen

Si bien el otorgamiento de poderes excepcionales a los gobiernos regularmente constituidos, para preservar a las autoridades o el orden so-

(2) Ver Capítulo XVII, *Atribuciones del Poder Ejecutivo*.
(3) Ver Fallo "Alem", CSJN, Fallos: 54:432.

cial en épocas de graves convulsiones políticas, registra remotos antecedentes tales como la dictadura romana, el origen del estado de sitio en las instituciones modernas lo encontramos en Francia, en la ley de la primera Asamblea Constituyente de 10 de julio de 1791. Allí, la situación de un peligro político se equiparaba a la de una plaza sitiada. En consecuencia, todos los poderes políticos debían pasar a la autoridad militar. Asimismo, la Constitución francesa del año VIII define el estado de sitio como la facultad de la ley para suspender, en los lugares y por el tiempo que ella determine, el imperio de la Constitución en caso de levantamiento armado o perturbaciones que amenacen la seguridad del Estado[4].

Las Constituciones sudamericanas reconocen la fuente del instituto en la legislación francesa. Entre ellas, la Constitución de Chile, que sirvió de base al proyecto de Juan Bautista Alberdi en esta materia.

Allí se regulaba el estado de sitio en el art. 28 cuyo texto expresaba: *"Declarado en estado de sitio un lugar de la Confederación, queda suspenso el imperio de la Constitución dentro de su recinto. La autoridad en tales casos ni juzga, ni condena, ni aplica castigos por sí misma, y la suspensión de la seguridad personal no le da más poder que el de arrestar o trasladar las personas a otro punto dentro de la Confederación, cuando ellas no prefieran salir fuera"*[5].

Si bien el art. 23 de la Constitución de 1853 se inspiró en el proyecto alberdiano, el carácter que se le otorga es distinto, ya que prescribe la suspensión de las garantías constitucionales, en lugar de suspender el imperio de la Carta Fundamental.

b) Finalidad

En el célebre caso "Alem", la Corte Suprema ordenó la libertad de un Senador, arrestado por orden del Poder Ejecutivo durante el estado de sitio, sosteniendo que *"...el objeto primordial del estado de sitio es la defensa de la Constitución y de las autoridades federales que ella crea..."* y que *"Toda medida que directa o indirectamente, afecte la existencia de esos poderes públicos, adoptada en virtud de las facultades que el estado de sitio confiere, sería contraria a la esencia misma de aquella institución, y violaría los propósitos con que la ha creado el artículo 23 de la Constitución"*[6].

(4) GONZÁLEZ, JOAQUÍN V., *Manual de la Constitución Argentina*, Ed. La Ley, 2001, ps. 201 y ss.

(5) Según anota ALBERDI, la norma fue tomada de la Constitución chilena, y alude a ella como una de las que forman su fisonomía distintiva y su sello especial al que debe ese país su larga tranquilidad.

(6) CSJN, Fallos: 54:432.

La finalidad del estado de sitio es, entonces, la defensa de la Constitución. Por ello, se requiere la existencia de peligro para su ejercicio y el de los poderes constituidos para su legítima declaración. Este peligro debe manifestarse en una necesidad pública de suficiente entidad y gravedad que amenace el desenvolvimiento regular de las instituciones, a punto tal que no pueda restablecerse por otras vías normales la tranquilidad de la población. No debemos olvidar que el estado de sitio acrecienta las facultades de los poderes políticos en detrimento del ejercicio de los derechos individuales. De allí, que la necesidad de su implementación, así como las limitaciones a los derechos que su ejercicio impone, deban interpretarse siempre restrictivamente.

c) Normativa constitucional

El estado de sitio está regulado, como ya dijimos, por el art. 23 de la Ley Fundamental y por las disposiciones contenidas en los arts. 75, inc. 29 y 99, inc. 16, referidas a las atribuciones de los poderes políticos en esta materia.

Dice el art. 23: *"En caso de conmoción interior o de ataque exterior que pongan en peligro el ejercicio de esta Constitución y de las autoridades creadas por ella, se declarará en estado de sitio la provincia o territorio en donde exista la perturbación del orden, quedando suspensas allí las garantías constitucionales. Pero durante esta suspensión no podrá el Presidente de la República condenar por sí ni aplicar penas. Su poder se limitará en tal caso respecto de las personas, a arrestarlas o trasladarlas de un punto a otro de la Nación, si ellas no prefiriesen salir fuera del territorio argentino".*

Este artículo debe complementarse con las disposiciones concordantes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, ambos con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 CN), que obligan al Estado argentino —el primero en el ámbito de la OEA y el segundo en el ámbito de la ONU— a dar cumplimiento a los recaudos exigidos por tales instrumentos para legitimar la adopción de la medida.

El primero de los tratados mencionados expresa en el primer párrafo del art. 27, denominado *Suspensión de Garantías*: *"En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen*

discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social".

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dice en su art. 4º, inc. 1º que: *"En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social".*

No obstante las diferencias de redacción entre la Convención y el Pacto, lo cierto es que el Estado debe respetar las exigencias de ambos instrumentos internacionales, de acuerdo con los principios que rigen en materia de derechos humanos. Esto es, siempre teniendo en miras aquéllas disposiciones, ya sea de origen interno o internacional, que mejor concilien la necesidad de hacer frente a la emergencia con la protección de esos derechos, a los fines de que la mengua en su ejercicio pleno sea sólo en la justa medida requerida para conjurar la crisis.

i) Causas que lo autorizan

Según el texto del art. 23, las dos situaciones que autorizan la declaración del estado de sitio son la conmoción interior y el ataque exterior. En ambas hipótesis la norma exige como requisito que sea puesto en peligro el ejercicio de la Constitución y de las instituciones que ella crea. Por tal razón, debe tratarse —como dijimos— de una situación que, dada su gravedad, no puede se remediada por los mecanismos institucionales ordinarios y, en consecuencia, requiere respuestas extraordinarias para recomponer el orden constitucional afectado.

ii) Organo que lo declara

La declaración del estado de sitio en caso de conmoción interior es atribución del Congreso. Así lo expresa el art. 75 en su inc. 29: *"Declarar el estado de sitio en uno o varios puntos de la Nación en caso de conmoción interior, y aprobar o suspender el estado de sitio declarado, durante su receso, por el Poder Ejecutivo".* Esta disposición se complementa, por lo tanto, con la contenida en el art. 99 inc. 16, en cuanto establece que, en caso de conmoción interior, el Presidente de la Nación sólo tiene esta facultad si el Congreso está en receso.

Cuando la causa que motiva su implementación es el ataque exterior, la atribución corresponde al Poder Ejecutivo. Así lo prescribe el aludido art. 99 inc. 16: *"Declara en estado de sitio uno o varios puntos de la Nación, en caso de ataque exterior y por un tiempo limitado, con acuerdo del Senado...".*

iii) Límites de espacio y tiempo

La restricción en el ejercicio de los derechos y el consiguiente acrecentamiento de las facultades del Poder Ejecutivo, con motivo de la emergencia, se circunscribe al lugar del territorio en donde se verifiquen las circunstancias que le dieron origen.

Las tres cláusulas constitucionales referidas al instituto en examen mencionan expresamente la necesidad de su limitación espacial. No ocurre lo mismo con el acotamiento temporal, al que sólo alude en el art. 99, inc. 16. Pero, como se trata de una medida que es extraordinaria por su propia naturaleza y, por ello, transitoria, el plazo resulta un requisito esencial para su legitimación[7].

iv) La restricción de los derechos y las facultades judiciales de revisión

La cuestión más conflictiva radica en establecer cuál es el alcance que debe otorgarse al enunciado "suspensión de garantías" contenido en el art. 23, dada la amplitud de la terminología empleada por la Constitución.

En una primera etapa de nuestra vida institucional, se interpretó que la expresión era comprensiva de todos los derechos civiles y políticos de las personas, así como de todas las garantías, incluso el hábeas corpus. Decía González Calderón: "Todas las garantías de la libertad civil quedan suspendidas en virtud del estado de sitio: la inviolabilidad del domicilio, de la correspondencia, de la propiedad, el hábeas corpus, los derechos de petición, reunión y asociación, la libertad de imprenta, la de locomoción, etcétera; porque nada ha dicho el art. 23 que pueda tomarse como fundamento para excluir de un alcance tan vasto, como el que fluye de sus propios términos, algunas de las garantías constitucionales"[8].

---

(7) En el caso "Granada" (CSJN, 307:2285) la Corte Suprema estableció la exigencia de fijar un plazo en la declaración del estado de sitio, el cual, además, debe ser breve.

(8) GONZÁLEZ CALDERÓN, JUAN A., *Curso de Derecho Constitucional*, Ed. Kraft, 1967, p. 287.

Esta era, a su vez, la doctrina sustentada por la Corte Suprema federal, con relación a la discrecionalidad del poder autorizado constitucionalmente para ejercer las facultades derivadas del artículo aludido. En este sentido, se pronunció el Tribunal diciendo: "los términos del art. 23 de la Constitución Nacional son claros y no admiten dudas; durante el estado de sitio quedan suspensas las garantías constitucionales, y, en consecuencia, el derecho de reunión de que se trata en este caso. La limitación puesta a la facultad del Presidente de la República sólo se refiere a la libertad individual: prohibición de aplicar penas y limitación de arresto o traslado si el detenido o trasladado no prefiere salir del territorio"(9).

Consecuencia de esta doctrina, fue la no justiciabilidad del estado de sitio y de las restricciones impuestas en su consecuencia, con fundamento en la naturaleza privativa de las facultades conferidas por la Ley Fundamental a los poderes políticos(10).

Ello no fue óbice, sin embargo, para la revisión judicial del ejercicio de *los poderes expresamente negados al Poder Ejecutivo*(11).

A partir del caso "Antonio Sofía", fallado en 1959, el Máximo Tribunal modificó en parte su criterio, al admitir la revisión judicial "respecto de la generalidad de las medidas de ejecución del estado de sitio, cuando ellas sean clara y manifiestamente irrazonables, es decir, cuando impliquen medios que no guarden relación alguna con los fines del art. 23"(12).

Posteriormente, se fue abriendo camino la interpretación restrictiva de las limitaciones a las libertades individuales. En el caso "Timerman", la Corte Suprema consolida su doctrina sobre el control de razonabilidad de la medida adoptada en el caso concreto, el cual puede abarcar un doble aspecto: a) la relación entre la garantía afectada y la causa que motivó el estado de sitio, y b) la verificación de si el acto de ejecución guarda proporción con los fines perseguidos mediante la declaración del estado de excepción. Asimismo, ese control debe realizarse teniendo en cuenta la situación fáctica y jurídica existente a la fecha de la sentencia(13).

(9) CSJN, Fallos: 195:439.

(10) Ver, entre otros, CSJN, Fallos: 196:584: "No incumbe a los tribunales de justicia sino al P. E. la apreciación de la circunstancias y motivos determinantes de las medidas que adopte en virtud del estado de sitio".

(11) Así lo sostuvo el Máximo Tribunal al dictar sentencia en el caso "Alvear", CSJN, Fallos: 167:267: La declaración del estado de sitio suspende el hábeas corpus respecto del legítimo ejercicio de los poderes conferidos al Presidente lo cual no obsta para que el juicio correspondiente sea iniciado y substanciado ante el Poder Judicial; pero tal declaración no suspende el recurso respecto de los poderes expresamente negados al Presidente de la Nación en relación a la seguridad personal, y por consiguiente la sentencia que hace lugar a aquél, no invade las atribuciones políticas que le están conferidas".

(12) Ver "Sofía, Antonio", Fallos: 243:504, LA LEY, 97-533.

(13) CSJN, Fallos: 300:816.

Este criterio jurisprudencial fue receptado por la ley 23.098 de hábeas corpus, al establecer no sólo la vigencia de la garantía durante el estado de sitio, sino la extensión del control constitucional de la restricción de la libertad dispuesta por el Poder Ejecutivo en el contexto de la emergencia.

La reforma constitucional de 1994, al consagrar expresamente el hábeas corpus, dispone en el art. 43 que la acción puede interponerse "aun durante la vigencia del estado de sitio".

Asimismo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos brindan una valiosa pauta de interpretación del art. 23, al mencionar expresamente aquellos derechos y garantías que no pueden suspenderse con motivo del estado de sitio(14).

v) Facultades del Presidente

De acuerdo con el art. 23, durante la vigencia del estado de sitio el Presidente tiene la facultad de arrestar o trasladar personas de un punto a otro del país, con las prohibiciones expresas de condenar y la de aplicar penas. Esta limitación concuerda con el art. 109, en cuanto prescribe que *"en ningún caso Presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas"*, y, asimismo, con el art. 29 que veda al Legislativo la concesión al Ejecutivo de facultades extraordinarias ni de la suma del poder público.

Las prerrogativas presidenciales durante la emergencia son privativas del órgano ejecutivo, y, por lo tanto, es éste quien decide sobre la aplicación de las medidas impuestas con el objeto de restablecer el orden institucional afectado(15). Para ello, el Presidente emite un decreto que debe ser fundado, pues, tal como lo ha exigido la Corte Suprema, si bien la declaración del estado de sitio es una cuestión privativa de los órganos políticos y, en consecuencia, irrevisable por el Poder Judicial, la aplicación concreta de los poderes excepcionales que confiere al Presidente el art. 23 sobre las libertades individuales está sujeta al control jurisdiccional de razonabilidad. Por ello, sostuvo en el citado caso "Timerman" que *"el órgano político está obligado, frente a los requerimientos de los jueces competentes, a una aserción inequívoca en cada caso concreto, para que éstos puedan respetar sin controversia la esfera de reserva del Poder Ejecutivo. De modo que una información del Ministerio del Interior insufi-*

(14) Ver art. 27 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos y art. 14 del Pacto de Derechos civiles y Políticos.

(15) En "Alconada, Francisco", Fallos: 167:414, el Tribunal hizo lugar al hábeas corpus interpuesto, al acreditarse que el arresto no había sido ordenado por el Poder Ejecutivo.

ciente por lo genérica e imprecisa, no es válida para justificar el ejercicio de los poderes constitucionales del Ejecutivo ya que a los fines del control de razonabilidad debe determinarse la pertinencia entre las razones de la detención y las causas del estado de sitio" (16).

Por otra parte, las medidas adoptadas por el ejecutivo no pueden importar, en su puesta en práctica, la imposición de una pena, ya que sólo se trata de disposiciones de seguridad política *"cuyo alcance debe interpretarse restrictivamente y en sentido favorable a la seguridad personal"*. Así lo ha declarado el Máximo Tribunal de la República en el caso "Pujadas", donde resolvió que es violatorio de la Constitución someter a las personas arrestadas en virtud del estado de sitio al régimen arbitrado para procesados y condenados de máxima peligrosidad (17).

La restricción de la libertad, entonces, sólo importa una medida de seguridad tendiente a restablecer el normal funcionamiento de las instituciones. Por tal razón, si el Presidente considera que la persona afectada ha cometido un delito, debe ponerlo de inmediato a disposición del juez para su investigación, pues, cada uno de los poderes actúa en el ámbito de sus competencias durante el estado de sitio.

vi) El derecho de opción

El arresto o el traslado de personas que ordena el Poder Ejecutivo obedecen a la finalidad del instituto en examen, apartando del escenario político-social los factores que pueden profundizar la crisis o bien obstaculizar la recomposición del orden institucional afectado.

En esos casos, la persona puede optar por su salida del territorio nacional. El derecho de opción, de acuerdo con la norma constitucional, asiste tanto a los detenidos como a los trasladados por orden del Presidente (18).

El pedido para ejercer la opción debe ser formulado al Poder Ejecutivo, quien debe resolver en trámite sumarísimo sobre su procedencia. Sólo puede ser denegado si existen procesos abiertos en contra del solicitante, ya que cada poder —el Ejecutivo y el Judicial— actúan, como ya dijimos, dentro de sus respectivas competencias. En caso de que el Poder Ejecutivo guarde silencio o rechace el pedido, procede el hábeas corpus a favor del solicitante (19).

---

(16) Ver Fallos: 298:441.

(17) Fallos: 285:267.

(18) Ver "Alvear", Fallos: 167:267.

(19) En el caso "Madariaga Guillermo" (Fallos: 195:498), sostuvo la Corte Suprema que: "La opción concedida por el artículo 23 de la Constitución Nacional efectuada ante los tribunales de justicia es ineficaz; ella debe ser manifestada al P. E. de la Nación y sólo ante la negativa o el silencio de éste procede interponer el recurso de amparo a la libertad".

Sin embargo, el quiebre de las instituciones democráticas durante extensos períodos de nuestra historia, con las consecuentes persecuciones políticas, dio lugar a una jurisprudencia vacilante con relación al ejercicio de este derecho.

Así, en el caso "Yrigoyen" la Corte Suprema declaró la improcedencia del hábeas corpus interpuesto a favor del Presidente destituido por las autoridades *de facto*, por cuanto no existía en poder del Gobierno manifestación auténtica de que el detenido hubiera pedido salir del territorio argentino (20).

Posteriormente, en oportunidad de fallar en el caso "Alvear", la Corte Suprema sostuvo que el derecho de opción no era absoluto y que, dada la finalidad perseguida por el art. 23, el Presidente podía exigir al detenido o trasladado, el compromiso de no residir en determinados países limítrofes (21).

Este criterio fue modificado en "Rodríguez Araya". Dijo allí la Corte Suprema, haciendo lugar al hábeas corpus interpuesto, que la Constitución no facultaba al Poder Ejecutivo para fijar lugar de residencia en el extranjero a quien *"en ejercicio del derecho establecido en el artículo 23 de la Constitución Nacional, formula ante aquél la correspondiente opción para salir del país"* (22).

Durante la última dictadura militar, la reglamentación del derecho de opción dispuesta por el gobierno *de facto* en 1976 implicó su eliminación lisa y llana. La norma *de facto* fue convalidada por la Corte Suprema en el fallo "Ercoli", al sostener que la limitación temporaria del derecho de opción para salir del país, no podía reputarse arbitraria, ni irrazonable (23).

Finalmente, la mencionada ley 23.098, que regula el hábeas corpus, prescribe la procedencia de la acción para comprobar el efectivo ejercicio del derecho garantizado por la Ley Suprema.

3. DOCTRINA DE LA EMERGENCIA ECONÓMICA. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL

A diferencia del estado de sitio, la emergencia económica es una doctrina de raíz jurisprudencial, que nuestro Máximo Tribunal adopta de los precedentes de la Suprema Corte de Estados Unidos.

---

(20) Fallos: 158:191.

(21) Fallos: 167:267.

(22) Fallos: 200:253.

(23) Fallos: 296:372.

Su primera manifestación tuvo lugar en el caso "Ercolano c. Lanteri de Renshaw"[24], al sustentar la declaración de constitucionalidad de una ley que congeló el precio de las locaciones urbanas por el término de dos años. El pronunciamiento, que convalidó la regulación estatal de los derechos económicos con fundamento en la emergencia, marca el fin del pensamiento liberal clásico, reflejado en la célebre disidencia del doctor Bermejo[25].

El criterio esbozado por la mayoría en "Ercolano" se consolida en la sentencia dictada en el caso "Avico c. de la Pesa"[26]. En efecto, mediante una pormenorizada cita de doctrina y precedentes jurisprudenciales norteamericanos, se fundamenta la adopción del poder de policía amplio y con ello la justificación de la potestad del Estado para restringir los derechos de contenido patrimonial cuando así lo exigen graves crisis económicas. De esta manera, se admitió la noción plena del poder de policía y la emergencia económica, con sustento en conceptos de índole política, pero, sin fundamentos jurídicos constitucionales precisos[27].

Esta concepción de la doctrina de la emergencia habría de posibilitar una interpretación antojadiza del texto constitucional, que se tradujo la mayoría de las veces en la justificación de la incapacidad de los gobernantes para paliar las situaciones de crisis, en desmedro de la protección de los derechos individuales.

El estándar aplicable para legitimar las medidas extraordinarias, tomado directamente de los antecedentes extranjeros, exige los siguientes recaudos: 1) que exista una situación de emergencia que haga necesario amparar los intereses vitales de la comunidad; 2) que la ley tenga por finalidad legítima la protección de esos intereses y no de los de determinados individuos; 3) que el remedio empleado sea razonable y otorgue un alivio justificado por las circunstancias; 4) que la medida implementada sea transitoria, limitada al plazo indispensable para que desaparezcan las causas que hicieron necesaria su adopción.

---

(24) Fallos: 136:161.

(25) "El gobierno de la Nación Argentina está regido por una Constitución escrita que ha reconocido los derechos individuales preexistentes a ella como inherentes a la personalidad humana; ha organizado los diversos poderes y deslindado sus atribuciones fijando límites a su ejercicio y los medios para que esos límites no sean ultrapasados. Buena o mala, no tenemos más que acatarla, inclinándonos ante la soberanía popular expresada en ella en la forma más solemne e imperativa... Y la garantía de la propiedad, tanto como la de la seguridad personal contra los avances de los gobiernos, es de la esencia de la libertad civil, que puede ser considerada como el alma del organismo institucional de la Nación (considerando 14 de la disidencia).

(26) Fallos: 172:21.

(27) Ver Capítulo IX, *Poder de policía*.

Sin embargo, las medidas implementadas con fundamento en la emergencia no siempre tuvieron como finalidad inmediata la satisfacción del interés general, sino la del afianzamiento del intervencionismo estatal en materia económica[28].

Por otra parte, la recurrencia por parte de los poderes políticos a este tipo te medidas para remediar las eventuales crisis, y la complacencia del Poder Judicial, tuvo por resultado la extensión y profundización de situaciones que, por su naturaleza, deben ser excepcionales y momentáneas.

Así, a comienzos de la década de los noventa y en el contexto de las leyes de emergencia económica y de Reforma del Estado, la Corte Suprema sólo tuvo que acudir a su propios antecedentes para legitimar, en el paradigmático caso "Peralta"[29], un decreto del Poder Ejecutivo que limitó la devolución de los depósitos a plazo fijo a una pequeña suma, disponiendo que el resto fuera devuelto en títulos de la deuda pública. Ya no se trataba de una ley del Congreso que restringía los derechos patrimoniales para salvaguardar "intereses vitales de la comunidad", sino de un reglamento de naturaleza legislativa, denominado de necesidad y urgencia, que fue dictado sin sustento constitucional alguno, en ostensible violación del principio de división de poderes y del derecho de propiedad[30].

Esta renovada desviación en la interpretación del texto fundamental tuvo como corolario una extravagante incoherencia. En efecto, la medida impuesta por el constituyente al poder del Estado mediante el reconocimiento de los derechos fundamentales y el reparto de competencias entre poderes, separados e independientes, fue dejada de lado con la pretendida finalidad de asegurar la supervivencia de las instituciones creadas, precisamente, para evitar los abusos del poder constituido.

La justificación de la intervención estatal por parte de los poderes políticos, para proteger los intereses económicos de la mayoría en una situación excepcional, sumado a la tolerancia del Poder Judicial, habría de incidir contradictoria y negativamente en esos intereses vitales de la comunidad —a los cuales se decía preservar— tales como la salud, el trabajo, la vivienda, la familia y, especialmente, la seguridad jurídica.

---

(28) Al respecto, el caso "Cine Callao" —Fallos: 247:121—, resulta esclarecedor. Allí, la Corte declaró la constitucionalidad de una ley tendiente a morigerar la desocupación de un grupo específico de personas, los actores de variedades, con el argumento de proteger el "patrimonio artístico nacional", a los fines de dar por cumplida la exigencia de atender a intereses de índole general.

(29) Fallos: 313:1513.

(30) Ver Capítulo XVII, *Atribuciones del Poder Ejecutivo*, "Decretos de Necesidad y Urgencia".

La reforma de 1994 dio base constitucional a los decretos de naturaleza legislativa, con el propósito de poner un quicio a las facultades presidenciales y fortalecer los controles republicanos. Sin embargo, la realidad demuestra que, hasta el presente, el Poder Legislativo no ha logrado recuperar sus facultades perdidas. Tampoco el control judicial operó como un factor de reequilibrio en la observancia del principio de separación de poderes. Por el contrario, la jurisprudencia de la Corte Suprema fue oscilante y equívoca, tal como veremos más adelante[31], contribuyendo así a una concentración cada vez mayor de facultades en el Ejecutivo y el consiguiente debilitamiento del Estado de Derecho. Cabe destacar, al respecto, la situación sin precedentes de la historia institucional argentina con motivo de la vigencia de la ley de convertibilidad y su posterior derogación.

Las normas que impusieron el denominado "corralito financiero" en el contexto de la crisis y, luego, la "pesificación" de los depósitos bancarios y demás obligaciones de dar sumas de dinero, implicaron una limitación rayana en la supresión lisa y llana del derecho de propiedad.

La Corte Suprema, al revisar las medidas implementadas, declaró, en su voto mayoritario, la inconstitucionalidad del "corralito" en el caso "Smith"[32], en su sentencia del 1 de febrero de 2002.

Aproximadamente un año después, dictó sentencia en el caso "Provincia de San Luis"[33], declarando la invalidez constitucional del decreto presidencial que impuso la pesificación.

Tanto la sentencia dictada en el caso "Smith" como la recaída en "Provincia de San Luis" implicaron un cambio sustancial en la jurisprudencia de la Corte Suprema, con respecto a la legitimación de la emergencia económica y a la extensión de los poderes que en ella se sustentan[34].

Asimismo, se revalorizó la garantía del amparo, consagrada en el art. 43 de la Constitución, al haber sido la vía elegida por la mayoría de los ahorristas para hacer valer judicialmente sus derechos, gravemente cercenados por las normas impugnadas.

Sin embargo, este panorama alentador tuvo duración efímera. El 24 de octubre de 2004, la Corte se pronunció en el tristemente célebre caso "Bustos", sin argumentos jurídicos válidos y con una fundamentación predominantemente fáctica, convalidando la emergencia y la pesificación de los depósitos en moneda extranjera, de conformidad a lo que manifiesta el voto mayoritario.

(31) Idem.
(32) Fallos: 325:28; LA LEY, 2002-A, 770.
(33) Fallos: 326:417.
(34) Ver Capítulo XVII, Poder Ejecutivo, Decretos de necesidad y urgencia.

Cabe destacar, que el control de constitucionalidad de normas originadas en situaciones de crisis, o por razones de necesidad y urgencia, tanto en sus aspectos formales como en lo que hace a su razonabilidad, debe ser más estricto que en situaciones normales.

La necesidad de poner el acento en esta cuestión radica en que la gran voluntad de quienes inventaron el Estado de Derecho fue, precisamente, la de sobreponerse a los hechos del príncipe, a la razón de Estado, a lo fáctico, que necesariamente surge desde el mundo de lo político, concediendo previsibilidad dentro de un molde apropiado. Si quienes tienen que hacer el análisis de constitucionalidad de los actos decididos bajo la invocación de la emergencia, en realidad, los fundamentan en base al hecho del príncipe, desde lo político económico estrictamente, argumentando qué debe hacerse para enfrentar una situación de emergencia a la que se describe, es obvio que, luego, cuando llega el examen de los medios para alcanzar los fines, va a encontrarse la proporcionalidad y, por lo tanto, se va a llegar a la conclusión de que ellos son razonables.

Existe, además, otro aspecto del fallo "Bustos" que importa, asimismo, un cambio regresivo de la jurisprudencia del tribunal supremo, y es el relacionado con el control de constitucionalidad y con la acción de amparo. Por una parte, las medidas autosatisfactivas son absolutamente descartadas y rechazadas de manera violenta, produciéndose a su vez un curioso renunciamiento al control de constitucionalidad, finalidad básica de la Corte Suprema. Además, se alega que ese control no es posible dentro de un marco tan estrecho como es el amparo, el cual no sería una herramienta útil para operar en el contexto de una crisis. Esta última consideración es cuanto menos contradictoria, ya que es precisamente en la emergencia cuando claramente se destruyen las relaciones jurídicas y los derechos fundamentales que entran en juego. Esta doctrina modifica el estándar del caso "Peralta", al que nos referimos en párrafos anteriores. Si bien en esa oportunidad se convalidó la doctrina de la emergencia y un decreto dictado al margen de la Constitución con argumentos por demás criticables, el fallo brindó los fundamentos para posibilitar el control de constitucionalidad de oficio de la norma en que se funda el acto lesivo, tal como hoy lo expresa la Constitución reformada en su art. 43.

Finalmente, el Tribunal, en su nueva integración, resolvió dar solución a *"las cuestiones tan largamente discutidas entre los depositantes y las entidades bancarias"*, mediante la sentencia dictada en el caso "Massa"[35].

(35) Fallos: 329:5913; LA LEY, 2007-A, 316.

Allí, estableció el criterio a seguir para efectuar la conversión a pesos de los depósitos en dólares estadounidenses. La conclusión a la que se arribó en el fallo revistió según expresó el Tribunal *"el carácter de una respuesta institucional, dada por la Corte como cabeza del Poder Judicial de la Nación en aras del elevado propósito de poner fin a un litigio de indudable trascendencia institucional y social de inusitadas características"* (36).

4. Prohibiciones del artículo 29 de la Constitución

El art. 29 de la Constitución, al declarar los actos prohibidos, encuentra su razón de ser en una práctica usual de nuestra vida política, previa a la Organización Nacional, consistente en la concesión al Poder Ejecutivo de facultades discrecionales, cuya expresión más elocuente tuvo lugar durante el régimen rosista (37). Numerosos antecedentes históricos dan cuenta de esa tendencia de las legislaturas, las cuales traicionaron su deber de representar al pueblo en numerosas oportunidades, mediante un obsecuente renunciamiento a sus facultades (38).

La finalidad del constituyente originario, al incorporar a la Ley Suprema la denominada cláusula democrática, fue, en consecuencia, la de suprimir de nuestra vida institucional esos usos y prácticas políticas, contrarios al régimen republicano de gobierno, dada su palmaria colisión con el principio de separación de poderes. Su texto constituye una categórica declaración en salvaguardia del sistema que consagra el art. 1º de la Constitución, y se complementa con la prohibición impuesta al Presidente en el artículo 109 de ejercer funciones judiciales.

(36) Así lo sostuvo el Alto Tribunal en el caso "Wainhaus", Fallos: 330:4101, LA LEY, 2007/10/03.

(37) Juan Manuel de Rosas fue nombrado gobernador y capitán general de la Provincia por ley del 6 de diciembre de 1829, y se lo revistió de las facultades extraordinarias en materia de administración, prevención y afianzamiento del orden y la tranquilidad pública. Posteriormente, Rosas ejerció su segundo mandato con la suma del poder público. La ley del 7 de marzo de 1835, en su artículo 2° establecía: "Se deposita toda la suma del poder público de la Provincia en la persona del Brigadier General D. Juan Manuel de Rosas, sin más restricciones que las siguientes: 1°) Que deberá conservar, defender y proteger la Religión Católica Apostólica Romana. 2°) Que deberá sostener y defender la causa nacional de la Federación...". Con ello, tanto los representantes del pueblo como la justicia quedaron sometidos a la libre voluntad del gobernador. Finalmente, por ley del 20 de septiembre de 1851, se declara que todos los fondos de la provincia, las fortunas, vidas, fama y porvenir de los representantes y de sus comitentes, quedaban sin limitación ni reserva alguna a su disposición.

(38) Ver voto del doctor Fayt, al interpretar el art. 29 en "Mazzeo, Julio L. y otros" —considerando 54—, 2007/07/13, Fallos: 330:324; LA LEY, 2008-A, 350.

a) Institutos prohibidos

Dice el art. 29: *"El Congreso no puede conceder al Poder Ejecutivo nacional, ni las legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la Patria".*

La disposición impone tres prohibiciones expresas, cuales son la concesión de *facultades extraordinarias,* la *suma del poder público* y el otorgamiento de *sumisiones y supremacías.*

Se conceden *facultades extraordinarias* cuando se habilita al Poder Ejecutivo a realizar actos que son competencia de alguno de los otros poderes. A su vez, la *suma del poder público* significa la concentración de todos los poderes de gobierno en cabeza del Poder Ejecutivo.

Por último, las *sumisiones y supremacías* constituyen una figura amplia, que incluye la proscripción de toda prerrogativa, que importe la vulneración de la vida, el honor o las fortunas de las personas en función de ese predominio. En este sentido, la norma protege de manera especial derechos constitucionales básicos, impidiendo al legislador *obrar caprichosamente de modo de destruir lo mismo que ha querido amparar y sostener* (39).

b) Efectos de los actos incriminados

El art. 29 prescribe dos tipos de efectos jurídicos para los actos prohibidos: la nulidad insanable; y la incriminación para quienes los formulen, consientan o firmen, a la pena y responsabilidad de los infames traidores a la Patria.

i) Nulidad insanable

La nulidad insanable implica que los actos de concesión de poderes dictatoriales, formulados por el Congreso o la Legislatura de Provincia, en razón de hallarse viciados desde su origen son inexistentes. En cuan-

(39) Ver voto del doctor Petracchi —considerando 19— en "Ponzetti de Balbín, Indalia c. Editorial Atlántida, S. A.", 1984/12/11, Fallos: 306:1892, LA LEY, 1985-B, 120 y en "Bazterrica, Gustavo" (considerando 9º), 1986/08/29, Fallos: 308:1392, LA LEY, 1986-D, 550.

to a la validez de las consecuencias que se deriven de esas normas de carácter general, corresponde analizarlas en el contexto de la finalidad perseguida por la cláusula constitucional, que es la de salvaguardar el principio republicano de la división de poderes y el ejercicio de las libertades fundamentales.

A partir de la reforma de 1994, la Constitución prescribe también la nulidad absoluta e insanable de los decretos de contenido legislativo del Poder Ejecutivo dictados fuera de las restricciones previstas por las disposiciones constitucionales[40]. Desde el punto de vista institucional, se trata de situaciones similares, en cuanto comportarían la adopción de decisiones de parte de un poder incompetente, en ejercicio de una facultad usurpada a otro poder.

ii) Los poderes tiránicos

El art. 29 tipifica un delito constitucional, que es el de la concesión de poderes tiránicos, sin establecer la pena aplicable. Según se deriva de la última parte de la norma, aquélla debe ser igual que la que se adjudique a los "traidores de la patria". La traición a la patria es otro delito constitucional, tipificado en el art. 119, pero al que tampoco se le asigna pena en esa norma, por lo cual ha quedado en manos del Congreso su determinación.

El ilícito previsto en el art. 29 ha sido denominado en el art. 227 del Código Penal como "delito de concesión de poderes tiránicos", estableciéndose a su respecto la pena prevista por el art. 215 de dicho código para los traidores a la patria.

Conforme el art. 227 del Código Penal, el sujeto activo de este delito es el legislador nacional o provincial, es decir, quien formula el acto prohibido. Sin embargo, la Constitución extiende la responsabilidad penal a quienes los consientan o firmen, esto es, a los integrantes de los otros poderes del Estado y a aquellos que intervengan en el trámite. Frente a esta contradicción entre el texto constitucional y el legal, creemos que debe prevalecer el primero, por aplicación de los arts. 31 y 75, inc. 22 de la Constitución[41].

5. LA DEFENSA DEL ORDEN DEMOCRÁTICO

La disposición contenida en el art. 29 se complementa, a partir de la reforma de 1994, con la norma sancionatoria que prescribe el art. 36. Su

(40) Ver Capítulo XVII, *Facultades legislativas del Poder Ejecutivo.*

(41) Ver, entre otros, TAZZA, ALEJANDRO O., *Tres delitos constitucionales. Traición - Concesión de Poderes Tiránicos y Sedición,* LA LEY, Suplemento Actualidad, 2005/02/08, 1.

adopción responde al mismo criterio histórico, pues, con ella se intenta incriminar una conducta política que alteró la vida institucional de la Nación desde 1930 a 1983. Esto es el fenómeno de los golpes de estado que han destruido la continuidad institucional en nuestro país, impidiendo que los gobernantes se fueran sucediendo de conformidad con lo previsto en la Ley Fundamental.

Se puede observar que se ha incurrido con ello en lo que algunos llaman "el angelismo racionalista", por el cual se tiene la convicción de que el poder de las normas es suficiente para revertir conductas sociales. Pero, si bien la historia demuestra la equivocación de dicho concepto, tampoco podemos desconocer la influencia que las normas tienen para disuadir y modificar comportamientos. La penalización constitucional de los golpes de Estado, y el castigo impuesto a sus autores y partícipes, resulta un límite indiscutible para quienes imaginen repetir experiencias de nuestro pasado reciente.

La ruptura del orden constitucional no fue sólo un fenómeno de nuestro país, si no que se extendió por Latinoamérica, caracterizando el sistema político de nuestro continente.

Las reformas constitucionales producidas en otros países con anterioridad a nuestra reforma sirvieron de antecedente a la disposición incorporada.

Entre ellos, la Constitución de Venezuela (1961), declara en sus arts. 119 y 120 la ineficacia y nulidad de toda autoridad usurpadora y de los actos que dicte o ejecute, y, en el art. 250 declara la vigencia de la Constitución frente a cualquier acto de fuerza o derogación por medio distinto al que ella misma dispone. Asimismo, se impone al ciudadano el deber de colaborar en el restablecimiento de la efectiva vigencia del orden institucional.

La Constitución del Perú (1979) establece en sus arts. 81 y 82 la protección del orden constitucional, mediante la tipificación del delito de sedición y el derecho de desobediencia a gobiernos usurpadores. El art. 307 reproduce, a su vez, el contenido del art. 250 de la Constitución de Venezuela.

Las grandes reformas producidas en el derecho público provincial, a partir de 1983, se sumaron a este movimiento del derecho constitucional comparado y establecieron cláusulas defensoras del orden constitucional dentro de su ámbito. A mero título de ejemplo, la Constitución de Salta establece que ésta no pierde vigencia, aun cuando por acto de violencia o de cualquier otra naturaleza se llegue a interrumpir su observancia. Además, dispone el enjuiciamiento de responsables y colaboradores y su inhabilitación perpetua para ocupar cargos públicos.

En sentido semejante, las Constituciones de San Juan y Santiago del Estero protegen el orden constitucional provincial mediante el castigo de los autores y funcionarios de gobiernos *de facto*, la nulidad de sus actos y el derecho de resistencia de los ciudadanos frente a las autoridades que hayan ocupado el poder por mecanismos no previstos en la Constitución.

En los estudios realizados por el Consejo para la Consolidación de la Democracia se aconsejó incorporar al texto constitucional normas que dispusieran la vigencia irrestricta de la Constitución Nacional, aun frente a gobiernos de fuerza; el derecho y el deber de resistirlos; la nulidad de los actos ejecutados por tales gobiernos y las sanciones penales, administrativas y civiles a quienes ejerzan responsabilidades políticas durante aquéllos[42].

Consideramos que se trata de una modalidad que establece a futuro que las conductas de quienes procedan de esa manera no quedarán impunes.

a) Delitos constitucionales

El art. 36 tipifica dos conductas penales diferentes:

1) Las de los ejecutores de los actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático.

2) Las de los usurpadores de cargos públicos como consecuencia de esos actos de fuerza.

La remisión al art. 29 para la sanción de los actos vedados no resulta la más adecuada, ya que aquel artículo, como vimos en los párrafos anteriores, reenvia a su vez al que castiga la traición a la patria. Agrega a tal sanción la inhabilitación perpetua para el ejercicio de cargos públicos y la imposibilidad de los condenados por tales actos de recibir el beneficio del indulto y la conmutación de penas, facultades presidenciales otorgadas por el art. 99, inc. 5, CN.

Si bien se omite mencionar a la amnistía, creemos que el Congreso se halla imposibilitado para conceder este beneficio, por tratarse de un delito constitucional. Dice Bidart Campos, remitiendo a su opinión con respecto a igual consideración sobre el art. 29: "...ningún delito tipificado directamente por la Constitución —aun cuando falte norma constitucional prohibitiva del indulto, de la conmutación, o de la amnistía- puede

(42) Ob. cit., p. 265.

merecer estos beneficios, por la sencilla razón de que los órganos del poder constituido carecen de toda competencia para enervar el efecto penal de las incriminaciones constitucionales"[43].

Las acciones legales para obtener la sanción de quienes incurran en las conductas anteriormente descriptas son imprescriptibles, esto es, no se extinguen por el transcurso del tiempo y se pueden ejercer en cualquier momento. Si bien no se establece quien es el titular de tales acciones, estimamos que como consecuencia del derecho de resistencia que reconoce el artículo a todos los ciudadanos, estos también están legitimados para iniciar los procesos que tiendan al castigo de los responsables de los actos de usurpación.

En el caso "Bussi"[44], la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en su voto de mayoría, sostuvo que una interpretación correcta del art. 36 de la Constitución y de los tratados sobre derechos humanos, cuando establecen sanciones de carácter penal, impone el cumplimiento de un proceso judicial. *"...Los graves hechos que imputan al diputado electo deben ser motivo de un proceso judicial, porque todos los ciudadanos tienen la garantía del debido proceso. No hay una incapacidad de derecho para las personas que hayan tenido una actuación histórica determinada, ya que el impedimento deviene, necesariamente, de una condena judicial por un delito"*[45].

Recordemos que la causa se había originado a raíz del rechazo del diploma de Antonio Bussi con fundamento en su participación en el terrorismo de Estado y específicamente al encuadre de su conducta en las Convenciones sobre Genocidio y Tortura —art. 75, inc. 22, Constitución Nacional—. La referida doctrina se ratifica en el caso "Patti"[46].

b) El derecho de resistencia

Como surge del párrafo anterior, el constituyente de reforma ha reconocido el derecho de resistencia como uno de los derechos enumerados.

Este derecho se inscribe en la concepción iusnaturalista del siglo XVIII, como uno de los derechos naturales e imprescriptibles, junto a la libertad, la propiedad, y la seguridad, tal como lo define la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 en su artículo segundo.

(43) BIDART CAMPOS, *Tratado de Derecho Constitucional Argentino*, t. VI, *La Reforma Constitucional de 1994*, p. 266.

(44) Fallos: 330:3160, LA LEY, 2007-E, 33.

(45) Ver considerando 9º.

(46) CSJN, "Patti, Luis Abelardo", 2008/04/08.

El ejercicio del derecho de resistencia emana de un principio político básico, cual es la soberanía popular. Cuando se quebranta la base misma del sistema democrático, a la comunidad le asiste el derecho de resistir y, aun, de desplazar al usurpador.

Sin embargo, lo que en teoría política es de fácil definición, no ocurre lo mismo cuando de reglas jurídicas se trata. Dice Mario Midón: "El reconocimiento de este derecho se mide con la vara del éxito o del fracaso de quienes dicen haberlo ejercitado. Si el movimiento ha triunfado y fue destituido el opresor sus autores merecerán la gloria; en cambio, si la suerte resultó adversa, no bastará todo el derecho para condenar el intento"[47].

De todos modos, cabe señalar que se trata de un derecho operativo, que debe diferenciarse de la obligación impuesta a los ciudadanos por el art. 21 de la Constitución de armarse en defensa de la patria, según las leyes reglamentarias, el cual es calificado expresamente de "servicio". También se lo debe distinguir del derecho de la comunidad a manifestarse dentro del sistema democrático, para oponerse —o aun desobedecer— a aquellos actos de gobierno o leyes considerados injustos.

c) Delito doloso contra el Estado

El art. 36 también tiene la finalidad de combatir un fenómeno que afecta el equilibrio y la legitimidad de nuestro régimen político: la corrupción. En esta materia la norma constitucional es de menor contundencia respecto de la tipificación del delito y su consecuente sanción, dejando librado al Congreso su regulación concreta.

Resulta destacable que la norma otorgue al delito doloso contra el Estado el carácter de acto atentatorio del sistema democrático, porque la corrupción dentro de los regímenes constitucionales afecta su legitimidad y otorga argumentos sobre los cuales el autoritarismo ejerce su seducción.

Por otra parte, no podemos dejar de tener en cuenta las obligaciones asumidas por el Estado Argentino al suscribir la Convención Interamericana contra la Corrupción —ley 24.759 del año 1997—, de jerarquía supralegal, que obliga al país a adoptar las medidas necesarias en su derecho interno para la prevención, la tipificación y el castigo de las conductas infieles de funcionarios públicos, tales como la malversación, el cohecho, las exacciones ilegales y el soborno internacional[48].

(47) MIDÓN, MARIO, *Manual de Derecho Constitucional Argentino*, 2ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 260.

(48) Tribunal Superior de la Provincia de Córdoba, 2009/11/12, "Kammerath, Germán Luis y otro", DJ, 2010/05/12, 1253 - LLC 2010 (junio), 543.

Asimismo, en 2006 fue aprobada la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, adoptada en Nueva York el 31 de octubre de 2003[49].

d) Etica pública

El último párrafo del art. 36 se vincula estrechamente con el delito aludido precedentemente, al formular el mandato dirigido al Congreso de sancionar una ley sobre ética pública para el ejercicio de la función.

En su cumplimiento, el 29 de septiembre de 1999 el Congreso sancionó la ley 25.188 sobre ética en el ejercicio de la función pública.

El legislador fija un criterio amplio para el concepto de función pública, pues, a los efectos de la ley, comprende toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquier nivel jerárquico[50].

Se determina un conjunto de deberes, prohibiciones e incompatibilidades de carácter general, que tienden a transparentar la conducta de los funcionarios y evitar la comisión de actos que atenten contra el interés del Estado.

Además, se crea un régimen de declaraciones juradas patrimoniales integrales, obligatoria para todo funcionario, las cuales deben ser presentadas dentro de los treinta días de la asunción de su cargo. El incumplimiento es considerado "falta grave" y da lugar a sanción disciplinaria.

Las declaraciones juradas patrimoniales pueden ser consultadas por terceros mediante solicitud escrita donde se expresen los motivos del pedido y los datos del solicitante. El funcionario que egrese de la función está obligado a presentar una declaración jurada patrimonial y en caso de no hacerlo no puede desempeñar nuevamente funciones públicas.

Se crea en el ámbito del Congreso de la Nación, la Comisión Nacional de Etica Pública que funciona como órgano independiente y actúa con independencia funcional, en garantía del cumplimiento de las prescripciones de la ley, pero aún no ha sido integrada.

(49) Ley 26.097, B. O. 2006/06/09 - ADLA, 2006-C, 2392.

(50) En "Vila, Julio E.", 2004/09/06, la Cámara Nacional de Casación Penal, sala I, consideró funcionario público a quien se desempeñaba en un organismo estatal como pasante, mediante un convenio celebrado con una universidad privada y que fue imputado por exacciones ilegales, porque "a los efectos del derecho penal, los conceptos de funcionario y empleado público han de equiparse, (pues), lo relevante para adquirir esas categorías es que el agente participe en el ejercicio de la función pública", La Ley Online.

También se introducen diversas reformas al Código Penal. Entre ellas, a los arts. 266 y 268, y la incorporación del art. 268 (3). Asimismo, se establecen modificaciones a la prescripción de la acción penal[51].

En el art. 266 se aumentó la pena de prisión de 3 a 4 años.

En el art. 268 la inhabilitación absoluta de 3 a 10 años se transformó en absoluta perpetua y se impuso una multa, que en el texto anterior no se contemplaba, del 50% del valor del enriquecimiento. Además se extiende el período para justificar el enriquecimiento patrimonial aceptable hasta dos años después de cesar en el desempeño del cargo. En la redacción original se señalaba "con posterioridad a la asunción de un cargo o empleo público" sin otra precisión temporal.

Asimismo, se introduce en dicho artículo un concepto más amplio de enriquecimiento, por cuanto comprende no sólo el incremento de patrimonio con dinero, cosas o bienes, sino cuando se hubiesen cancelado deudas o extinguido obligaciones que lo afectaban.

En el nuevo artículo se impone pena de prisión e inhabilitación especial perpetua para el que omita con malicia la presentación de su declaración jurada patrimonial o inserte datos falsos o se abstenga de incluirlos, siempre que medie intimación fehaciente.

El dictado de esta ley no sólo implica el cumplimiento de un mandato constitucional, sino que demuestra un mayor rigor normativo para penalizar los actos de corrupción, que como ya sostuvimos constituyen el más serio peligro para la vigencia de un auténtico estado de derecho. Sin embargo, no fue un instrumento idóneo para enfrentar un flagelo que castiga severamente a nuestras instituciones.

En el ámbito del Poder Judicial, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó la acordada 1/2000, en ejercicio *"de las facultades originadas en los poderes implícitos que le competen para la plena y efectiva realización de los fines y atribuciones que la Ley Suprema confiere a este Poder Judicial"*, a los fines de la implementación de la ley.

Posteriormente, el Consejo de la Magistratura aprobó el Reglamento de Presentación y Consulta de las Declaraciones Juradas Patrimoniales del Poder Judicial de la Nación, mediante resolución 562/05, al que adhirió el Máximo Tribunal.

(51) El párrafo segundo del art. 67 extiende la suspensión de la prescripción en los casos de delitos cometidos en el ejercicio de la función pública, para todos los que hubiesen participado, mientras cualquiera de ellos se encuentre desempeñando un cargo público. A su vez, se prevé una nueva causal de suspensión "hasta tanto se restablezca el orden constitucional", en caso de cometerse los atentados al orden constitucional y a la vida democrática previstos en los arts. 226 y 227 bis del Código Penal.

BIBLIOGRAFÍA

- BIDART CAMPOS, GERMÁN, *Tratado de Derecho Constitucional Argentino*, t. VI, *La Reforma Constitucional de 1994*, Ediar, 1994.
- GONZÁLEZ CALDERÓN, JUAN A., *Curso de Derecho Constitucional*, Ed. Kraft, 1967.
- GONZÁLEZ, JOAQUÍN V., *Manual de la Constitución Argentina*, Ed. La Ley, 2001.
- MIDÓN, MARIO, *Manual de Derecho Constitucional Argentino*, 2ª ed., Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004.
- TAZZA, ALEJANDRO O., *Tres delitos constitucionales. Traición - Concesión de Poderes Tiránicos y Sedición*, LA LEY, Suplemento Actualidad, 2005/02/08, 1.

Capítulo XIII

Formas de gobierno

Sumario: Introducción. 1. Diferentes formas de democracia. a) Presidencialismo. b) Parlamentarismo. c) Semipresidencialismo.— 2. El modelo de los Estados Unidos de América.— 3. Deficiencias del sistema de gobierno latinoamericano.— 4. Experiencias de reformas al presidencialismo. a) Latinoamérica. b) Derecho público provincial.— 5. El Jefe de Gabinete y los ministros. a) Los ministros en el presidencialismo argentino. b) Perfil institucional del Jefe de Gabinete. Caracterización. c) Nombramiento y remoción. d) Moción de censura. e) Atribuciones. f) El gabinete de ministros. g) Balance de la figura. h) Reglamentación.— 6. Consideraciones finales.— Bibliografía.

Introducción

Abordar la problemática de la forma de gobierno constituye en los países de América Latina una temática de permanente actualidad, aunque de difícil tratamiento. Su desarrollo se enfrenta a un entrecruzamiento de pasiones y prejuicios que va desde aquellos que consideran que el presidencialismo está tan enraizado que hace a la esencia de nuestras realidades institucionales y que su modificación traería aparejado más males que beneficios, hasta quienes, por el contrario, lo demonizan hasta ubicarlo como principal causante de todos nuestros problemas. Una posición intermedia en la que nos ubicamos, trata de abordar la cuestión de manera desapasionada a efectos de encontrar un nuevo equilibrio entre los poderes estatales, susceptible de restaurar muchas de las notas esenciales del constitucionalismo en el presidencialismo latinoamericano.

En aras de aportar un poco de luz en la consideración de este trascendente tema, nos proponemos observar la cuestión a partir de un primer acápite en el que abordamos la comparación entre las dos formas de gobierno clásicas de la democracia y desarrollamos a continuación los caracteres principales del semipresidencialismo. A continuación analizamos las notas más salientes del presidencialismo de los Estados Unidos de Norteamérica, que ha sido el modelo que han tomado casi todos

los países latinoamericanos, entre ellos, el nuestro. En el punto siguiente nos concentramos en la observación de las deficiencias en la aplicación de las pautas del constitucionalismo estadounidense en nuestras tierras y por separado mencionamos las iniciativas encaminadas a la atenuación del presidencialismo ocurridas en el subcontinente latinoamericano. Entre ellas, nos adentramos en la experiencia del Jefe de Gabinete de Ministros, a quince años de su incorporación en el texto de la Constitución argentina. Por último realizamos algunas consideraciones generales a modo de conclusión.

1. Diferentes formas de democracia

Desde fines del siglo XVIII y durante todo el siglo XIX, a la aparición de la democracia le seguiría la adopción de una de estas dos formas de gobierno que por ello se consideran los modelos clásicos de organización de la estructura gubernativa en una democracia constitucional. Esto fue así, en aquellos Estados que se iban pronunciando a favor de los principios del constitucionalismo. Existieron ensayos de otras modalidades como el gobierno de asamblea durante los tumultuosos años de la Revolución Francesa, pero sólo se consolidarían el presidencialismo y el parlamentarismo. Curiosamente uno y otro se establecerían en distintas áreas geográficas. El parlamentarismo de cuño británico, producto de la evolución de las instituciones inglesas, se asentaría en Europa. El presidencialismo —ideado por la imaginación y el pragmatismo del constituyente estadounidense—, por su parte, se instalaría en los Estados Unidos para luego extenderse hasta los más lejanos confines del continente americano, a medida que las antiguas colonias españolas y portuguesas se independizaron y accedieron a la democracia.

Cuando hablamos de forma de gobierno de la democracia nos referimos a toda modalidad que contemple como sustrato básico a los caracteres del Estado de Derecho. Es decir, la supremacía de la Constitución, la separación de poderes, la declaración de derechos y garantías, el sufragio universal como único mecanismos para el acceso al poder, el carácter temporal del ejercicio de funciones electivas, la función de control suficientemente desarrollada, los principios de legalidad, igualdad y razonabilidad, entre otros postulados fundamentales.

En el siglo XIX, la práctica llevaría a la existencia de sistemas diferentes según las características del lugar donde los mismos eran aplicados. Pero si bien en los hechos es difícil encontrar a cualquiera de las dos formas como un calco de las descripciones teóricas, en todos los casos se presentan las características más salientes de cada una de ellas. Por tanto, durante todo el siglo XIX las diferencias entre una forma y otra se presentaban más como el producto de los distingos entre el orden político y el orden jurídico, que como un esfuerzo por elaborar nuevos modelos desde la normativa constitucional.

Las características de cada país tienen que ver sobretodo con el régimen electoral escogido, en particular, para la designación de los legisladores; y, con el sistema de partidos políticos, cuya conformación es el resultado, en gran parte de la modalidad electoral imperante. Claro, que esta no es una relación de causa a efecto, como la que surge de una ley natural. En principio, como lo ha señalado Maurice Duverger, luego criticado por Giovanni Sartori, los sistemas electorales mayoritarios generan modalidades bipartidistas mientras que los de representación proporcional tienden a la conformación del pluripartidismo. Estos dos caracteres gravitarán luego de manera preponderante en el funcionamiento del sistema en su conjunto. El bipartidismo británico que resulta de la utilización del sistema de circunscripciones uninominales para la designación de los miembros de la Cámara de los Comunes —especie electoral mayoritaria— ha llevado a la conformación de un bipartidismo —casi perfecto— a lo largo de los años, que a su vez produce gobiernos "monocolores", esto es, de un solo partido. Hasta el momento Conservadores y Laboristas de manera alternada han monopolizado la titularidad del gobierno. Otro tanto ha ocurrido en los Estados Unidos de América, adonde con un sistema equivalente para la elección de los miembros de la Cámara de representantes le ha seguido también un bipartidismo y los partidos Demócrata y Republicano se han turnado, de manera exclusiva, en la Presidencia de la Nación.

La situación es otra en países con representación proporcional para la designación de sus legisladores. En Italia, al igual que en otros parlamentarismos que utilizan a la modalidad proporcional como fórmula electoral para la designación de sus parlamentarios —España, Alemania, Grecia, Bélgica, Holanda, países escandinavos, Israel, entre muchos otros—, el pluripartidismo que se ha conformado a nivel de sistema de partidos, ha redundado en la formación de gobiernos de coalición. Por lo tanto el gabinete se integra con la presencia de ministros provenientes de diferentes partidos políticos. El caso alemán se diferencia de los restantes, en tanto sus coaliciones, desde 1949[1], generalmente están formadas por sólo dos partidos, uno de los dos grandes Democracia Cristiana y Socialdemocracia y el Liberal, o el Verde, durante el gobierno del Canciller Shröder. En la actualidad y por segunda vez se ha concretado

(1) Año en que se sancionó, luego de finalizada la Segunda Guerra Mundial, la Constitución de Alemania Occidental, la que se conoce con el nombre de Ley Fundamental de Bonn, que pasó a ser la de todo el país con la reunificación alemana luego de la caída del Muro de Berlín en 1989.

la denominada "Gran Coalición" producto de la participación de los dos grandes partidos en la misma.

Ekmekdjian reconoce cinco notas características entre ambas formas, las que coinciden con nuestro enfoque. Aunque nos parece importante destacar la que considera como tercera nota distintiva que son los modos de solución de los conflictos que surgen de las presiones que se producen entre los tres poderes. Este autor considera que en razón de la separación imperante en el presidencialismo, "los métodos de solución de tales conflictos son muy esclerosados, es decir duros, e incluso, muchas veces, son inexistentes. Si se compara al sistema político con un circuito eléctrico, podríamos afirmar que el sistema presidencial no brinda 'fusibles' adecuados, para evitar que una sobrecarga en la tensión del mismo (...) evite un 'cortocircuito' que haga saltar el sistema todo" (Ekmekdjian, 1987).

El semipresidencialismo es la forma mixta que ha obtenido mayor difusión, por ello le dedicamos un acápite especial en este capítulo comparativo.

a) Presidencialismo

La separación entre los poderes es concebida de manera tajante, al menos en la teoría constitucional. El Poder Ejecutivo es unipersonal y es ejercido por el Presidente de la República quien concentra en su persona las calidades de Jefe de Estado y de Jefe de Gobierno. Los ministros y secretarios de Estado, según cual sea la terminología que se utilice en cada Constitución, son meros asistentes del Presidente, quien los designa y remueve libremente, sin que deba mediar para ello la intervención de ningún otro órgano. En los sistemas donde existe el Vicepresidente, su presencia en el Poder Ejecutivo sólo se efectiviza en caso de acefalía permanente o temporaria en la Presidencia de la República. Sin embargo, esta cuestión admite excepciones, en particular en algunas Constituciones de América Central, la de Costa Rica, por caso, en las que se le concede al Vice, facultades propias o las que el Presidente le delegue. La evolución en Estados Unidos ha tendido en la práctica a una situación similar.

Tanto el titular del Poder Ejecutivo como los miembros del Congreso son elegidos de manera independiente a través del sufragio universal, es decir, como resultado del pronunciamiento directo de la soberanía popular. El mandato de los ocupantes de ambos poderes no puede modificarse una vez que ellos han sido electos. Dicho de otra forma, ni el Congreso, ni el Presidente pueden remover al o a los titulares del otro

poder por razones de tipo político. La única causal de excepción a esta regla la constituye un eventual juicio político al Presidente, al Vicepresidente o a los ministros, el que precisamente, y no obstante la terminología utilizada en Latinoamérica para caracterizar a su antecedente extranjero, el "impeachment", no puede fundarse en motivos de orden político.

b) Parlamentarismo

La composición del Poder Ejecutivo es colegiada, las jefaturas de Estado y de gobierno se encuentran separadas, quedando la primera a cargo de un presidente o de un monarca quienes ejercen un poder de tipo simbólico o ritualista[2], mientras que la segunda recae en la persona del Primer Ministro quien a su vez preside un Consejo de Ministros o gabinete. Este último órgano compone el "Gobierno" y ello es así dado que todos sus integrantes son individual y solidariamente responsables de la gestión gubernamental ante el Parlamento. Los miembros del Gabinete deben ser parlamentarios.

En lo que hace a la relación orgánica, existe una suerte de colaboración entre los poderes políticos del Estado. Este esquema de relaciones conlleva un proceso de designación del gobierno en el que participan el jefe de Estado y el Parlamento, pero que precisa en última instancia de la confianza de este último para gobernar. El Parlamento es el único órgano cuyos ocupantes son elegidos a través del sufragio del pueblo. Los mandatos de los miembros de los poderes políticos pueden verse interrumpidos antes de la finalización del mandato para el que han sido elegidos. En el caso del Parlamento por su disolución; mientras que el gobierno puede ser removido por la aprobación de una moción de censura que provoca el retiro de la confianza parlamentaria. Duverger se refiere a estas dos herramientas bajo la expresión: "medios de acción recíproca", *la que grafica con claridad el sentido que tiene esa suerte de juego paralelo* y recíproco de relación que surge entre los dos poderes políticos del Estado.

---

(2) Ello así, cabe destacar que en determinadas situaciones institucionales excepcionales *en algunos países el Jefe de Estado llega a desempeñar un papel que supera su* posición formal. Esto ha ocurrido en España, cuando el Rey Juan Carlos debió enfrentar un intento de golpe de Estado que se había consumado con la toma de Las Cortes (Parlamento) por parte de un grupo de militares, en febrero de 1982. También el Presidente italiano Sandro Pertini cumplió una valorada función de protección del sistema, ante la fragilidad patológica de los gobiernos italianos en la década del 80. Otro ejemplo ha sido el del rey Balduino de Bélgica, quien gracias a sus hábiles gestiones, impidió en *varias oportunidades que en Bélgica se consumara la división territorial entre Flandes y* Walonia.

c) Semipresidencialismo

El semipresidencialismo es una suerte de régimen híbrido en cuyo interior conviven elementos propios del presidencialismo con otros extraídos del parlamentarismo. Así se presenta una estructura en la cual el Poder Ejecutivo está integrado por un Consejo de Ministros a cuya cabeza se sitúa el Primer Ministro, y el Presidente, jefe de Estado, quien es elegido por sufragio universal y cuenta con importantes poderes propios. Esto último a diferencia de lo que ocurre en el parlamentarismo, donde el jefe de Estado es una figura representativa pero que carece de facultades efectivas. Al sistema se lo asocia rápidamente con la Constitución de Francia de la Vº República (1958), sin embargo no es una creación francesa, sino que tiene antecedentes en las Constituciones finlandesa, alemana de Weimar, ambas de 1919, irlandesa, islandesa y austriaca, sancionadas poco después de la segunda guerra mundial. Asimismo, todos los ex países que pertenecieron al Pacto de Varsovia, han tomado a esta forma mixta como modelo para la organización de sus estructuras de gobierno.

A esta altura de la descripción del sistema queremos detenernos en el papel que le toca jugar al Presidente de la República. La Constitución gala en su artículo 5º expresa que "*el Presidente de la República vela por el respeto de la Constitución. Asegura, con su arbitraje, el funcionamiento regular de los poderes públicos así como la continuidad del Estado. Es el garante de la independencia nacional, de la integridad del territorio y del respeto a los acuerdos de Comunidad y a los tratados*". El perfil que surge de esta definición que hace el texto constitucional transcripto nos lleva a recordar el concepto de "poder neutro" caro a B. Constant. Es decir la presencia de un superárbitro cuyas potestades aparecen, sobretodo, cuando de conjurar tormentas y tempestades se trata. Frente a las crisis habrá siempre un último recurso, hábil tanto para asegurar la defensa de las instituciones, como para la de la república, erigiéndose al mismo tiempo en una última garantía frente a los demás Estados y a organizaciones internacionales.

El Presidente de la República para llevar a cabo sus funciones y sobre todo mantenerse en la posición tan especial en que la Constitución lo sitúa, debe presentarse como el representante indiscutido de toda la ciudadanía, por encima de los partidos y de todo interés particular. En tal sentido el *ballottage* se presenta como un instrumento por demás adecuado para ello. Inclusive, el hecho de que los candidatos a la presidencia presenten sus candidaturas con independencia de toda bandería política, coadyuva a preservarlos y a colocarlos ante el electorado como potenciales "árbitros" más que como hombres de partido.

Las relaciones Ejecutivo/Legislativo son similares a las que se producen en el marco del Parlamentarismo. Sin embargo, existen dos importantes diferencias entre ambos sistemas. La primera, que los miembros del gabinete no tienen que ser necesariamente parlamentarios. Inclusive, en la mayoría de los países que han adoptado este sistema, el número de no parlamentarios ministros supera el de parlamentarios. En algunas oportunidades excepcionales, se ha recurrido a un gabinete integrado totalmente por técnicos —así ocurrió en Portugal, a fines de los setenta, en el siglo pasado—. La segunda diferencia, consiste en que la confianza no tiene porque ser expresa, condición *sine qua non* en el parlamentarismo, sino que puede ser tácita. Esto es, gracias al silencio del Parlamento en pronunciarse en el transcurso de un breve plazo de tiempo, se presume que ha brindado el apoyo para la conformación de un nuevo gobierno.

2. El modelo de los Estados Unidos de América

Todas las interpretaciones —nosotros sólo nos hacemos eco de algunas— coinciden en poner de manifiesto las desviaciones de los regímenes latinoamericanos en relación con el modelo del país del norte. Nos parece útil establecer las características más determinantes del presidencialismo norteamericano. La propia génesis de esta forma de gobierno que fue creada por los constituyentes de Filadelfia, surgió, no tanto como una construcción de tipo doctrinario —como ocurrió con el parlamentarismo— sino que fue la expresión del pragmatismo de los representantes de las ex-colonias inglesas. Luego de largas negociaciones, en las cuales se encontraban en pugna principalmente los intereses de los estados grandes con los de los más pequeños, llegarían a una solución en materia de articulación tanto funcional, como territorial del poder[3]. Se trató de dos modalidades hasta entonces desconocidas en el incipiente mundo del pensamiento democrático, aún naciente, y que surgieron de la transformación de una confederación en una federación presidencialista.

Ponemos el acento en el término solución, pues se trató de un meditado acuerdo destinado a zanjar las diferencias de las partes en pugna, de resultas del cual nacería un nuevo régimen político caracterizado por la originalidad de la organización del poder. Este diseño institucional se adecuaba a las características de la estructura estatal naciente, cuyos miembros habituados desde hacía más de tres siglos al manejo de los principios democráticos sabrían imprimirle con el tiempo las adecuaciones más acordes con ellos. Así, aparecerían los anticuerpos necesarios

(3) Conf.: SAGUIR, JULIO, *Unión o Secesión - Los procesos constituyentes de Estados Unidos de América (1766 - 1787) y de Argentina (1810 - 1862)*, Prometeo libros, Buenos Aires, 2008.

para contrarrestar una excesiva concentración de poder en la persona del presidente de la República. Recordemos que esta suerte de juego entre "checks and balances" estaría dada principalmente por la presencia de los siguientes elementos:

1. Un Congreso fuerte que a lo largo del tiempo ha afirmando un papel de importante contención de las atribuciones del Poder Ejecutivo, lo que lleva a muchos publicistas de ese país a rebautizar al sistema con la denominación de "régimen congresional" en lugar de presidencialista.

2. Una Corte Suprema de Justicia federal que, a través de la creación del control de constitucionalidad (luego del dictado del fallo "Marbury vs. Madison" en 1803) de las normas y de los actos de gobierno y de una imagen de prestigio inigualada en la opinión pública, ha logrado una cuota nada desdeñable de poder y, sobre todo, razonablemente protegida de las influencias políticas de los otros poderes del Estado.

3. Un bipartidismo que a nivel estadual presenta una gran autonomía y que, de hecho, permite hablar de tantos partidos como estados posee el país. Cabe destacar la inexistencia de la "disciplina partidaria" en la relación partido-legisladores.

4. La característica anterior se refleja en el seno del Congreso, a través de un comportamiento de los legisladores desprovisto de una "disciplina partidaria férrea" en el momento de concretarse las votaciones. Situación realmente excepcional en un sistema que utiliza a las circunscripciones uninominales para la elección de sus representantes. Ello facilita la formación de mayorías que varían en función de la cuestión objeto de tratamiento y no de la pertenencia partidaria de sus representantes. Es decir que se tiende a satisfacer preponderantemente intereses ligados a la representación territorial o a los grandes temas nacionales, en detrimento de las necesidades de las estructuras partidarias. Estas modalidades confluyen en una cultura política basada en la concertación en aras del logro de consensos amplios, de los que participan también actores no políticos.

5. La extensión del acuerdo del Senado para la designación de los funcionarios (secretarios y responsables de los principales organismos nacionales) que acompañan desde el Ejecutivo la gestión presidencial. Cabe destacar que este ha sido el gran hallazgo, producto de la evolución institucional, para contrarrestar el exceso de poder presidencial. Así, todos los secretarios que asisten al Presidente y las cabezas de las agencias gubernamentales descentralizadas son objeto de este tipo de control legislativo.

Además, desde antaño se trata de un control efectivo, producto de la publicidad que rodea el tratamiento de cada pliego en el Senado, como así también de las posibilidades de participación pública que se contemplan, junto a la gran deliberación en el seno, primero, de la Comisión de Acuerdos y luego, en el recinto de la Cámara.

6. Las facultades colegislativas del presidente son mucho menores que las de sus pares latinoamericanos. Tómese por caso la institución del veto que en el país del norte sólo puede ser total. Como así también la no concesión al titular del Ejecutivo de la potestad de reglamentar la leyes, facultad que éste ha ido recibiendo con "cuenta gotas" como producto de una sutil y mesurada delegación, efectuada a su favor por parte del Congreso.

7. Detrás de muchas de estas características se encuentra presente un federalismo real, en el cual las fuerzas centrípetas y las centrífugas que subyacen en todo sistema de descentralización territorial del poder, se ubican en un justo equilibrio, de modo tal que las autonomías estaduales operan también como un control de los actos del Presidente, en la medida que conservan una cuota apreciable de potestades gubernativas efectivamente ejercitadas por ellas. Ello, con fuertes consecuencias en el comportamiento del Senado, que actúa como una genuina Cámara federal, posibilitándose así la participación de los estados en el funcionamiento del gobierno nacional.

El profesor Nelson de la Universidad de Miami, ha analizado de manera exhaustiva las diferencias en los ámbitos de competencia que desde los mismos textos constitucionales, separan a los presidentes estadounidense y argentino. En ese orden de ideas apunta en el acápite titulado el poder presidencial en la Constitución argentina, que en el período posterior a la independencia, las teorías políticas y las realidades gubernamentales fueron integradas en la Constitución argentina. Como resultado de ello, ésta, a pesar de estar ampliamente basada en la de los Estados Unidos, contiene disposiciones diferentes que sorprenden en lo relativo a la magnitud de los poderes presidenciales. Al estudioso le llaman la atención las potestades autónomas del titular del Ejecutivo argentino, como por ejemplo la de designar a todos los miembros del gabinete sin la opinión o acuerdo del Senado, como asimismo, la posibilidad de remover de sus puestos a altos funcionarios de gobierno. Al respecto, manifiesta su sorpresa de que dicha posibilidad se extienda, inclusive, a los fiscales designados para investigar denuncias de corrupción que pesan contra la propia administración.

Además, a nuestro autor también le sorprende la amplitud con que el presidente puede hacer uso del veto parcial sobre leyes, a través del cual

de hecho logra "re-escribir" dichas normas. El presidente, puede también interferir en el proceso destinado a aprobar en el seno del Congreso, el presupuesto y las inversiones. La más significativa prerrogativa presidencial —continúa Nelson—, consiste en la declaración del estado de sitio y en la ejecución de decretos. Bajo el estado de sitio, el presidente puede suspender el libre ejercicio de derechos humanos fundamentales, incluyendo la libertad de expresión y de prensa. Por último, pone el acento en el inmenso campo de acción que recibe el titular del Ejecutivo como producto de su poder de reglamentar las leyes, el que es ejercido en opinión del catedrático, del modo que más le plazca y sin control alguno[4].

En el mismo orden de ideas podríamos agregar la manera distorsiva en que ha sido aplicada la institución de la intervención federal (art. 6° CN), la que a pesar de tener una redacción casi idéntica a su similar en la Constitución del país del Norte, ha sido objeto de una utilización bien diferente, que también hasta la reforma de 1994, ha servido para acrecentar los poderes del presidente. Recordemos que éste esperaba que el Congreso no estuviese reunido, para decretar las intervenciones que llevaban a la sustitución de los tres poderes de la provincia intervenida, por un mandatario suyo, bajo el título de interventor.

Consideración aparte merece el modo abusivo en que nuestro presidente ejerce funciones legislativas propiamente dichas, gracias al empleo interesado del dictado de decretos de necesidad y urgencia y delegados, por la defección del propio Congreso que cuando tiene mayoría oficialista —lo que ocurre con gran frecuencia— accede a desprenderse de sus funciones más importantes, poniéndolas en manos del titular del Ejecutivo. Por ejemplo de tipo presupuestario, a través de la delegación de los denominados "superpoderes" e inclusive facultades impositivas.

3. Deficiencias del sistema de gobierno latinoamericano

Las particularidades del sistema de los Estados Unidos, a las que se les podrían agregar muchas más si analizáramos una serie de comportamientos políticos relativos a la dinámica del poder, ponen de manifiesto la existencia de importantes frenos a los eventuales abusos del Ejecutivo. El presidencialismo en la mayoría de los países latinoamericanos, a diferencia del modelo estadounidense, ha evolucionado hacia una concentración enorme del poder en manos del presidente. Esta característica de su funcionamiento en el mundo de origen latino, no sólo no ha redundado en una mayor eficacia en el ejercicio del gobierno, sino que

(4) Nelson, Christopher M., *An Opportunity for Constitutional Reform in Argentina: Re-election 1995*, Miami Inter-American Law Review, p. 7 (traducción del autor).

se ha manifestado como un escollo para asegurar la continuidad constitucional, originando desde los mismos poderes democráticos prácticas autoritarias. Se ha dicho que "el sistema presidencial nace como un sustituto republicano de las monarquías europeas. Los constitucionalistas norteamericanos que elaboraron la Constitución de 1787 de Filadelfia no tenían un rey a quien coronar y optaron por establecer la figura de un monarca elegido temporalmente. Luego, los países latinoamericanos, que siguieron la gesta de la Constitución norteamericana, trasladaron el mismo esquema. Como señaló Bolívar, los países que habían roto con el pasado colonial necesitaban reyes con el nombre de presidentes"[5].

Además, las modalidades de separación entre los poderes han imposibilitado la concreción de formas de concertación que permitieran un mayor consenso en la acción de gobierno y la resolución desde el sistema de las crisis institucionales. Es de destacar, que un funcionamiento que acentúa de manera tan marcada la concentración del poder impidiendo su descentralización y su ejercicio despersonalizado, debe ser objeto de los correctivos necesarios que posibiliten una acción más efectiva del gobierno y una mayor democratización del sistema en su conjunto.

El Presidente bajo este tipo de pautas asume un rol preponderante el que debiera facilitarle su acción de gobierno. Sin embargo la realidad deja al descubierto una posición mucho más incómoda y frágil para él. Acosado por un número importante de demandas lo que representa un lógico correlato del cúmulo de funciones a su cargo, el presidente ve desgastarse su imagen a lo largo de su mandato hasta ubicarse, casi en todos los casos, en una posición de total precariedad en cuanto al apoyo de la voluntad popular. Cuando como consecuencia de esta situación surge una mayoría contraria al presidente, éste se ve totalmente imposibilitado de implementar su programa de gobierno. La oposición, con la expectativa de llegar al cargo presidencial comienza una tarea de destrucción permanente. La delicada situación por la que atraviesa Cristina Fernández de Kirchner, actual presidenta argentina, confirma por sí misma las afirmaciones que acabamos de expresar.

Este fenómeno se ve favorecido a su vez por la disciplina interna de los partidos que, actuando siempre en bloque impiden al presidente apelar a la voluntad de los legisladores en forma individual. Todo lo cual no sólo es perjudicial para facilitar la actividad presidencial, sino que afecta al funcionamiento del sistema en su conjunto. En un régimen que tiende a un grado tan alto de personalización en el ejercicio del poder la suerte de la gestión del titular del Ejecutivo influye de manera determinante so-

(5) Laría, Aleardo, *Calidad Institucional y Presidencialismo - Los problemas no resueltos de Argentina*, Nuevo Hacer - Grupo Editor Latinoamericano, Buenos Aires, 2008, p. 83.

bre todo el conjunto de las instituciones, el que se ve irremediablemente afectado en la medida en que la ciudadanía asocia al presidente con el gobierno en su totalidad. Estas dificultades en la relación con el Legislativo llevan a que el titular de Ejecutivo deba apelar a todo tipo de presiones para conseguir la sanción de leyes consideradas esenciales para su gestión, a esos efectos toma gran dimensión la capacidad de concentración de recursos provenientes del pago de impuestos que ha logrado detraer de las arcas provinciales. De este modo las necesidades de caja de los gobernadores operarán como una vía segura para conseguir los votos de los legisladores que provienen de las distintas provincias. A través de esta deformación institucional se produce un serio debilitamiento del federalismo, el que en los hechos queda reducido a su mención en el texto constitucional. Este estado de cosas resulta claramente perceptible en la Argentina y se ha visto acentuado bajo las administraciones Kirchner.

A estos inconvenientes vinculados con la composición unipersonal del Ejecutivo se agregan la separación absoluta entre los dos poderes políticos del Estado —Ejecutivo y Legislativo— y la rigidez de los mandatos de sus ocupantes. Estos dos rasgos pueden asociarse en cuanto hacen a la imposibilidad de remover al presidente o a los legisladores con anterioridad al cumplimiento del plazo para el cual han sido elegidos por el electorado. El constituyente presume que el consenso que se ha expresado con motivo de un pronunciamiento de las urnas no se extinguirá a lo largo de todo el mandato El surgimiento de crisis institucionales encuentra al sistema en una situación de terrible desamparo, pues ninguno de los dos poderes puede provocar la remoción del otro, posibilitando así un nuevo llamado a las urnas que le conceda un renovado protagonismo al electorado. Frente a este estado de cosas los factores de poder antidemocráticos encontrarán buenos motivos de argumentación y de justificación de una actuación extrapoder acentuando su prédica en la ineficacia del sistema. En tanto desde las instituciones legítimas se asiste a la parálisis de una dinámica que impide la actuación rápida de herramientas encaminadas a solucionar las crisis.

Por otra parte, la variedad y la cantidad de las funciones que debe cumplir el gobierno de los estados modernos impone la participación de un número acorde de responsables políticos. Esta afirmación cobra una dimensión particular en lo relativo al Poder Ejecutivo dado que su misión de administración lo obliga a la ejecución de las decisiones políticas. La estructura del Ejecutivo presidencialista no se compadece con esta observación. La concentración del poder que ella trae aparejada le imprime a la actividad presidencial un ritmo que no se compadece con las potencialidades de un ser humano. La existencia de ministros, si bien delimita esferas de actividad, no importa un ejercicio colegiado del poder desde el momento que el presidente los designa y remueve libremente y que

los ministros sólo son responsables ante él. Tal vez es éste el escollo más determinante que impide que bajo este sistema se puedan constituir y consolidar experiencias de gobiernos de coalición. Otra característica de las administraciones Kirchner ha sido la eliminación de las reuniones de gabinete que se ve acompañada del perfil por demás bajo de todos los ministros, sólo a algunos de ellos se les permite actuar como una suerte de voceros, a partir de un discurso previamente preparado. Modalidad que ha contribuido a vigorizar los defectos antes señalados.

No obstante ello, cabe observar con especial interés las coaliciones que caracterizan a los presidencialismos chileno, uruguayo y brasilero. Países, en los que es cierto que el Legislativo posee muchas más facultades que el Congreso argentino y además en muchas oportunidades las ejerce, produciendo un interesante seguimiento de la labor presidencial.

El presidencialismo en su versión latinoamericana ha llevado a la configuración de sistemas políticos que en la práctica han perdido gran parte de sus atributos republicanos. Nogueira Alcalá sostiene al respecto que el presidencialismo latinoamericano ha sido denominado también cesarismo representativo por ciertos autores, para quienes el régimen si funciona correctamente se diferencia de la dictadura, por el hecho de que el poder del jefe de Estado no es ilimitado ni arbitrario y que existe según regla constitucional preestablecida. A ello se agrega —continúa nuestro autor—, que el sistema (al menos en teoría) respeta las otras instituciones y garantiza las libertades públicas, que su autoridad política proviene de una elección popular competitiva y es limitada en el tiempo. Luego, destaca que el Presidente posee amplios poderes de los cuales sólo responde ante el pueblo que lo eligió, aun cuando comparte el gobierno del Estado con un parlamento con prerrogativas limitadas, ya que el Ejecutivo se convierte en colegislador. Por nuestra parte, queremos expresar que la Justicia, cuarto poder del gobierno democrático, rara vez, presenta una independencia mínima susceptible de convertirla en un órgano de verdadero control de los poderes políticos del Estado y de garantía de los derechos fundamentales de los gobernados[6].

El profesor chileno, efectúa una detallada reseña de las competencias de los presidentes latinoamericanos, tanto en las Constituciones formales como en las prácticas institucionales. El balance de la investigación resulta revelador de un estado de cosas que ha llevado, casi sin excepción, a una acentuada concentración de funciones en uno de los

(6) NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO, *Los Regímenes Presidencialistas de América Latina*, en *Presidencialismo vs. Parlamentarismo: Materiales para el estudio de la reforma constitucional*, Consejo para la Consolidación de la Democracia, EUDEBA, Buenos Aires, 1988, ps. 125/168.

poderes, desequilibrando de manera excesiva el principio de separación de los mismos. Otros comparatistas consideran que la preponderancia presidencial en América Latina ha buscado explicarse a través de diversos factores, entre los que destacan: la tendencia a la personalización del poder en la persona del presidente de la República, producto de un cierto grado de inmadurez política del pueblo; la manipulación del Congreso por el presidente a través de favores electorales y la corrupción; por la necesidad de adaptarse a la realidad de países en vías de desarrollo; por el otorgamiento al presidente de la República de poderes de los que no dispone el presidente de los Estados Unidos[7]. Cualquiera sea el peso en los diferentes países latinoamericanos de cada uno de los factores señalados, al menos hay un hecho objetivo de carácter constitucional que es la ampliación de los poderes presidenciales por encima de los que posee el presidente de los Estados Unidos[8].

Al respecto, nos parece interesante recurrir a la opinión del profesor argentino Mario Midón, quien en su libro consagrado al estudio de los decretos de necesidad y urgencia, talvez uno de los instrumentos a través de los cuales de manera más brutal se ha canalizado la vocación hegemónica de los presidentes latinoamericanos, enumera de manera prolija el abanico abrumador de facultades que concentra el titular del Ejecutivo en nuestras latitudes. Esto le permite concluir que en realidad en sistemas presidencialistas como el diseñado por la Constitución argentina, el Poder Ejecutivo posee facultades que no tiene su similar norteamericano. Así, el presidente es jefe supremo de la Confederación y tiene a su cargo la administración general del país. Participa en la formación de las leyes. Concede jubilaciones, retiros, licencias. Concluye y firma tratados de paz, de comercio, de navegación, de alianza, de límites y de neutralidad con las potencias extranjeras, por sí solo. Provee los empleos y grados militares de la Confederación. Declara la guerra y concede patentes de corso. Declara el estado de sitio en uno o varios puntos de la República, por peligro exterior o interior. Puede arrestar y trasladar las personas de los perturbadores en casos de sedición. Es el Jefe de los gobernadores provinciales[9].

Lo expresado hasta acá en relación con los problemas del presidencialismo en América Latina constituye un diagnóstico compartido por numerosos estadistas y estudiosos de diferentes países, pueden darse diferencias de matices en cuanto a los síntomas, pero no en cuanto a la

(7) LAMBERT, JACQUES, *La transposition du régime présidentiel hors les Etats Unis: le Cas de l'Amérique Latine*, Revue de Science Politique Française, septiembre 1981.

(8) SÁNCHEZ, A. L., *Curso de Derecho Constitucional Comparado*, Universidad de Madrid, Madrid, 1980.

(9) MIDÓN, MARIO A. R., *Decretos de Necesidad y Urgencia*, La Ley, Buenos Aires, 2001, ps. 19/20.

necesidad de atemperar los "ímpetus" del Ejecutivo. Varían las soluciones que aportan a tal estado de cosas los estudiosos de las estructuras estatales, ellas comprenden un abanico bastante amplio de posibilidades. Todo este razonamiento converge en la necesidad de reformar el sistema a través de su atenuación o de su reemplazo liso y llano por otra forma de gobierno diferente. Las propuestas de enmiendas pueden ser presentadas de conformidad con el grado de profundidad que importaría la modificación que cada una de ellas produce sobre el esquema presidencialista de organización del poder. Conforme a ese criterio ellas podrían escalonarse del modo siguiente:

a) Adopción de un sistema parlamentario clásico. Esta idea ha estado presente en mayor o menor medida en el pensamiento de figuras de varias naciones. En nuestro país se ha recomendado la estructura parlamentaria para sustituir al presidencialismo propuesto por Alberdi en unas circunstancias absolutamente diferentes de las que hoy se viven en la América Latina y, especialmente, Argentina. Se trataría de una verdadera revolución institucional, en realidad, simplemente, de adoptar el régimen de formación de gobierno que mejor se presta para la consolidación del régimen constitucional[10]. También se concluye que el parlamentarismo provee de una gran flexibilidad al proceso de transición a una democracia consolidada. Pero esto no significa que cualquier tipo de parlamentarismo presenta esta característica de flexibilidad[11].

b) Elaboración de una forma de gobierno mixta. Al respecto, el semipresidencialismo, ha constituido hasta el presente la forma que más ha inspirado a numerosas iniciativas ocurridas en el subcontinente americano. Consideramos que los modelos adoptados por las nuevas Constituciones de varios países de Europa Oriental constituyen interesantes ejemplos de este tipo iniciativas.

c) El diseño de medidas que atemperen la separación tajante entre los Poderes Ejecutivo y Legislativo y el carácter unipersonal del primero, sin provocar un cambio de la forma de gobierno.

d) Nohlen pone el acento en la capacidad del propio presidencialismo latinoamericano de adaptarse frente a diferentes circunstancias. En apoyo a esta afirmación señala el interesante paso que

(10) PELTZER, ENRIQUE, *El Régimen Parlamentario*. Dictamen preliminar del Consejo para la Consolidación de la Democracia. Anexo a la labor de la Comisión 2. Buenos Aires, 1986, p. 113.

(11) LINZ, JUAN, *Democracia presidencial o parlamentaria. ¿Hay alguna diferencia? Presidencialismo vs. Parlamentarismo*, Eudeba, Buenos Aires, 1988, p. 42.

han dado Chile, Bolivia y Uruguay —por nuestra parte agregamos al Brasil— con la organización de gabinete de coalición en el marco de sus presidencialismos. En el abordaje de la cuestión de la forma de gobierno, este autor considera que no se debe "rechazar por principios o *a priori* ni el parlamentarismo ni el presidencialismo, sino evaluar los problemas de funcionamiento de un cierto sistema de gobierno, percibido como un conjunto de elementos institucionales y político-estructurales"[12].

4. EXPERIENCIAS DE REFORMAS AL PRESIDENCIALISMO

a) Latinoamérica

En varios países de América Latina se ha emprendido la búsqueda de estructuras gubernamentales susceptibles de corregir las falencias de sus formas de gobierno, a fin de superar los aspectos negativos que presenta el presidencialismo en su versión local. Todas estas experiencias han tenido como objetivo común el deseo de atenuar el presidencialismo. Salvo algún ejemplo aislado de parlamentarismo, como la del Brasil de Goulart en los inicios de los '60 y el deseo renovado de importantes sectores de este país que fueron derrotados en el plebiscito convocado a efectos de determinar la forma de gobierno en 1993, en la mayoría de las naciones se han utilizado diferentes versiones de las variables mencionadas.

A esos efectos se han utilizado diferentes soluciones que van desde la adopción del semipresidencialismo (en las Constituciones peruana de 1980 y haitiana de 1987) o la mera introducción de notas parlamentarias en las partes orgánicas de Constituciones de raigambre presidencialista (Uruguay, Ecuador —hasta la Constitución de 2008—, Colombia, Brasil, Paraguay, y algunas repúblicas de América Central). Entre estas instituciones parlamentarias el voto de censura, el de confianza y la disolución del Legislativo, han sido las más utilizadas. También se ha optado por la institucionalización del Consejo de Ministros; y por la creación del Consejo de Constitucionalidad, a través del cual se lleva a cabo el control de constitucionalidad típico de los sistemas parlamentarios de raigambre europea, la Constitución colombiana de 1991 es el ejemplo más cabal en la que se produce esta incorporación[13].

(12) NOHLEN, D. y FERNÁNDEZ, M., *El Presidencialismo Renovado - Instituciones y cambio político*, Ed. Nueva Sociedad, Caracas, 1998.

(13) Se trata del sistema de control concentrado y en abstracto a cargo de un órgano que tiene una naturaleza no jurisdiccional, modelo que aparece por primera vez en la Constitución de Austria de 1920 que se elaboró bajo la inspiración de Hans Kelsen. Este sistema es típico en los parlamentarismos, ya que en el presidencialismo el control de constitucionalidad es difuso y frente a un caso concreto de resultas de la aplicación del fallo Marbury vs. Madison (1803).

En la Argentina, del mismo modo que en las restantes transiciones ocurridas en América Latina desde fines de la década de 1970, la cuestión de la reforma constitucional aparece desde el comienzo de la reinstalación del Estado de Derecho como un asunto de trascendencia en su agenda institucional, también se produce el mismo fenómeno en los ex países comunistas luego de la caída del Muro de Berlín en 1989[14]. Dentro de ese marco la eventual modificación de la forma de gobierno se encuentra contenida en prácticamente todas las numerosas iniciativas de enmienda originadas en el Congreso o en otros ámbitos.

Nos detendremos a analizar la propuesta del Consejo para la Consolidación de la Democracia (CCD), pues la misma ha sido invocada como antecedente por varios de los iniciadores de la reforma constitucional de 1994. Nos valdremos de sus principales características para trazar las importantes diferencias que alejan a la solución adoptada del mencionado antecedente. El estudio del CCD para la reforma constitucional está contenido en dos dictámenes que, junto a sus numerosos anexos, integran dos libros (CCD, 1986; 1987). A las reformas al presidencialismo se les dedica un capítulo del "Dictamen Preliminar" y la mayor parte del "Segundo Dictamen". La propuesta comienza con una fundamentación, donde se hace un cuestionamiento del presidencialismo argentino, y se manifiesta, sobre todo, el exceso de concentración de poder que ha generado a favor del Presidente. Sin embargo, ese diagnóstico no lleva a que se recomiende la adopción de un sistema parlamentario puro. "El Consejo consideró y descartó la idea de aconsejar la sustitución lisa y llana del régimen presidencialista por uno parlamentario. Ello hubiera constituido una innovación demasiado sustancial. Se ha preferido aconsejar la adopción de un sistema mixto, que atenúe las debilidades funcionales del régimen presidencialista mediante la inserción de características propias de los regímenes parlamentarios" (CCD, 1986, 49).

El diseño institucional reconoce como modelos a las Constituciones francesa y portuguesa, con algunas innovaciones adaptadas a la tradición y a la realidad locales. En el interior del Poder Ejecutivo se opera una clara descentralización de funciones, ya que desaparece su composición monocrática para convertirse en un órgano colegiado. A esos efectos, el

(14) Por lo tanto podemos hablar de tres procesos de transición a la democracia que se dan en el siglo pasado de manera sucesiva; en los setenta en los tres últimos países de Europa Occidental que acceden a la democracia —Grecia, Portugal y España—, en los ochenta en la mayoría de los países latinoamericanos y en los 90 en los países de Europa Oriental que habían pertenecido al bloque soviético, dentro del marco del Pacto de Varsovia.

Presidente comparte —con poderes propios y efectivos— el ejercicio del Ejecutivo, con un gabinete presidido por un Primer Ministro. Una minuciosa distribución de competencias trata de salvar el surgimiento de conflictos entre ambos protagonistas, pese a lo cual, en el Segundo Dictamen, se avanza más, ya que se prevé la intervención de un tribunal especial de control encargado de resolver ese tipo de enfrentamientos. Los ministros pierden el carácter actual de meros colaboradores del presidente, quien puede removerlos a su antojo. Ello en razón, por una parte, de que componen en su conjunto un órgano colegiado —Consejo de Ministros— cuyo consentimiento y consulta son necesarios para la validez de cierto tipo de actos y, por otra parte, dada la relación que mantienen con el Parlamento, cuya confianza precisan para poder ser designados, la que puede ser retirada importando una remoción.

Asimismo, cabe recordar que el CCD también propuso la organización de un Senado Federal, entre otras medidas encaminadas al fortalecimiento del federalismo. Así, éste debía convertirse en un órgano de naturaleza federal, con una competencia limitada a los temas que tuviesen una relación directa con el interés de las provincias. Respecto de ellas, se convertía en Cámara de origen, mientras que para las demás cuestiones la iniciadora debía ser la Cámara de Diputados. Así las cosas, los proyectos sancionados en cada una de ellas, pasaba a la otra, la que debía pronunciarse dentro de un plazo breve, caso contrario, se producía la denominada sanción ficta, es decir por el juego del silencio. Llamamos la atención sobre esta propuesta, ya que de manera indirecta también estaba destinada a conseguir tanto un fortalecimiento del federalismo, como la atenuación del presidencialismo.

b) Derecho público provincial

Curiosamente del mismo modo que lo ocurrido con otros temas, el constituyente provincial ha producido tímidas innovaciones, tendientes a lograr cierta descentralización en el seno de un Ejecutivo que en la totalidad de las provincias es presidencialista. Así, ha puesto en manos del vicegobernador algunas funciones, que el vicepresidente de la Nación no posee. Ello, a pesar de que de manera uniforme todas la Constituciones provinciales han tomado el modelo presidencialista como nota común. La posibilidad de organizar un sistema mixto fue parte del programa constitucional elaborado por el Frente Grande para la Convención Constituyente porteña de 1996. Sin embargo, no pudo concretarse por el rechazo del bloque radical con el cual tuvo que llegar a un acuerdo de manera de lograr un despacho conjunto, ante la falta de mayoría propia. Sin embargo, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires posee algunas notas que atenúan el modelo presidencialista.

De conformidad con una tendencia que inauguran en 1958 las Constituciones de Chaco y de Misiones, las leyes fundamentales de Córdoba y La Rioja le otorgan al vicegobernador ciertas funciones propias en el interior del Poder Ejecutivo. Se trata de la tarea de colaborador directo del gobernador y de la posibilidad de participar en acuerdos de gabinete y reuniones de ministros cuando él lo desee. Estas facultades escapan a la tarea habitual de presidir la Cámara Alta de la Legislatura local y de reemplazo natural del gobernador en caso de acefalía temporaria o permanente. Por supuesto que difieren de las funciones del vicepresidente de la Nación, para quien el constituyente nacional no ha previsto similares facultades.

La Constitución de Salta facultaba al gobernador a delegar en un ministro sus potestades administrativas y encomendarle la coordinación entre los distintos ministerios y la exposición de los planes de gobierno y de su ejecución ante el Poder Legislativo. Esta original disposición introduce en el esquema institucional salteño la figura del "ministro coordinador", el que si bien es un colaborador del gobernador, quien puede removerlo cuando le plazca, de todos modos representa una suerte de embrión de primer ministro. Esta afirmación se ve reforzada por el papel de nexo entre el Ejecutivo y el Legislativo que debe cumplir el ministro coordinador de acuerdo con el texto constitucional que se comenta (la reforma de 1998 ha dejado sin efecto estas innovaciones).

De conformidad con esta tendencia la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires avanza aún más, ya que le concede al Vicejefe de Gobierno o Vicegobernador iniciativa legislativa y además, "*...las atribuciones que le delegue el Jefe de Gobierno...*" (art. 99). Los sucesivos Jefes de Gobierno han utilizado esta facultad y así le han confiado áreas concretas de actuación, por caso Telerman tuvo a su cargo la cartera de Cultura y Michetti la de Derechos Humanos, entre otras funciones.

5. El Jefe de Gabinete y los ministros

a) Los ministros en el presidencialismo argentino

Luego de la reforma constitucional de 1994, el Jefe de Gabinete aparece en el capítulo cuarto, ahora titulado: "Del jefe de gabinete y demás ministros del Poder Ejecutivo", arts. 100 a 107 de la Constitución. Se trata precisamente del capítulo que siempre ha llamado la atención por su inclusión en el marco de un presidencialismo. Ello en razón de que la fuente fundamental de nuestra forma de gobierno ha sido la Constitución de los EE.UU. en la cual el Poder Ejecutivo, tiene como principal característica su carácter unipersonal o monocrático. Es decir que este modelo clásico no admite otro ocupante en el poder administrador que se sume

al primer mandatario. En el país del norte, la Ley Fundamental sólo habla del Presidente y del Vicepresidente, cuando desarrolla las disposiciones relativas al Poder Ejecutivo. La labor del Presidente es asistida por secretarios de Estado, funcionarios que la Constitución no contempla, dado que no integran el Poder Ejecutivo, ni forman un gabinete. Estas dos modalidades que son un rasgo común de todo sistema parlamentario, no fueron adoptadas por el constituyente de los EE.UU, pues éste quiso diferenciarse claramente del modelo europeo. El constitucionalismo estadounidense ha evolucionado encontrando el modo de equilibrar las facultades del Congreso y las del presidente. Un importante elemento de contención de este último ha provenido de la ampliación del instituto del acuerdo del Senado, como requisito para dar validez a las designaciones del Ejecutivo. Este acto institucional complejo se aplica no sólo para la designación de jueces, altos oficiales y embajadores, sino que la exigencia se extiende a todos los Secretarios de Estado y a los responsables de los principales organismos descentralizados. El mecanismo se ha revelado como una útil herramienta de reequilibrio. El acuerdo del Senado constituye un expediente difícil para muchos presidentes. Tal vez hubiera sido más fácil introducirla en nuestro medio, en lugar de apelar a figuras que dentro de un contexto institucional distinto al de su lugar de origen, corren el riesgo de perder toda razón de ser, en la medida en que hayan sido concebidas para contrarrestar el predominio del presidente.

El capítulo cuarto de nuestra Constitución incorpora la institución ministerial a un régimen presidencialista.

b) Perfil institucional del Jefe de Gabinete. Caracterización

El art. 100, inc. 1º le confía la función de "ejercer la administración general del país". Ello pareciera indicar que se trata de un jefe de gobierno, pero el art. 99 le concede dicha jefatura, de manera expresa al Presidente de la Nación. Además en la misma disposición se aclara que es el Presidente, no el Jefe de Gabinete, "el responsable político de la administración del país" (inc. 1º). Se trata de un colaborador más del Presidente, quien regula el ámbito de su competencia y el protagonismo que deberá llevar a cabo. Se acerca más a la figura de un ministro-coordinador que a la de jefe de gabinete de ministros. "No nos encontramos aquí con el primer ministro de un régimen parlamentario, ni con una modalidad intermedia que atenúe el presidencialismo. La Constitución ha instituido un ministro favorito que nacerá y morirá en el contexto del humor o el odio del Presidente, a cuya suerte ha sido políticamente anclado"[15].

(15) JIMÉNEZ, EDUARDO P., *Derecho Constitucional Argentino*, t. III, Ediar, Buenos Aires, junio de 2000, p. 65.

c) Nombramiento y remoción

Se trata de potestades presidenciales. La moción de censura a cargo del Congreso, será de tan difícil ejercicio que de hecho resulta prácticamente imposible pensar que alguna vez se concrete en la práctica. Luego de casi quince años de la reforma no se ha producido ninguna moción de censura y tampoco ha habido iniciativas tratadas en el seno de las Cámaras del Congreso.

d) Moción de censura

De conformidad con lo expresado en los arts. 100 y 101[16] el Jefe de Gabinete es responsable políticamente ante el Congreso, responsabilidad que se hace efectiva a través de la interpelación de que puede ser objeto y posterior voto positivo de censura. En los sistemas parlamentarios, el planteamiento de la censura requiere de la voluntad de un pequeño número de legisladores, en tanto su efectivización resultará del voto de la mayoría de los miembros presentes en la votación. En el semi-presidencialismo los requisitos son mayores en la medida que la presentación de la censura requiere de un número más elevado de legisladores que en el parlamentarismo[17]. Inclusive en sistemas presidencialistas que contemplan la censura ministerial no aparece una exigencia tan severa. La Constitución de Colombia prescribe para la propuesta de la censura "por lo menos la décima parte de los miembros que componen la respectiva Cámara" (art. 135, inc. 9º). Además, es importante tener en cuenta que esta Constitución posibilita que cualquier ministro pueda ser censurado a instancias de alguna de las dos Cámaras[18]. En Francia se exige que la presentación esté firmada por lo menos por la décima parte de los diputados, su voto afirmativo debe ser efectivizado por la mayoría de los

(16) Art. 101: "El jefe de gabinete de ministros deber concurrir al Congreso al menos una vez por mes, alternativamente a cada una de sus Cámaras, para informar de la marcha del gobierno sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 71. Puede ser interpelado a los efectos del tratamiento de una moción de censura, por el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cualquiera de las Cámaras y ser removido por el voto de la mayoría absoluta de los miembros de cada una de las Cámaras.

(17) En Francia se exige que la presentación esté firmada por lo menos por la décima parte de los diputados, su voto afirmativo debe ser efectivizado por la mayoría de los miembros de la Asamblea Nacional (Cámara baja del Parlamento francés). Para la moción de censura la Constitución gala requiere que sólo se cuenten los votos a favor. La aprobación entraña la caída de todo el gobierno en su conjunto —Consejo de ministros y Primer Ministro—.

(18) El antecedente del Consejo para la Consolidación de la Democracia (CCD), en el dictamen preliminar se establece que la moción de censura puede ser presentada por un tercio de los miembros de la Cámara de diputados, pues es la única que se relaciona con el Ejecutivo a los efectos del juego institucional de tipo parlamentario, y para hacerla efectiva se debe contar con la mayoría absoluta de los miembros de la misma.

miembros de la Asamblea Nacional (Cámara baja del Parlamento francés). Para la moción de censura la Constitución gala requiere que sólo se cuenten los votos a favor. La aprobación entraña la caída de todo el gobierno en su conjunto —Consejo de ministros y Primer Ministro—. Inclusive en sistemas presidencialistas que contemplan la censura ministerial no aparece una exigencia tan severa. La Constitución de Colombia prescribe para la propuesta de la censura "por lo menos la décima parte de los miembros que componen la respectiva Cámara" (art. 135, inc. 9º). Además, es importante tener en cuenta que esta Constitución posibilita que cualquier ministro pueda ser censurado a instancias de alguna de las dos Cámaras. El antecedente del Consejo para la Consolidación de la Democracia nos parece de útil recuerdo en este tópico, en el dictamen preliminar se establece que la moción de censura puede ser presentada por un tercio de los miembros de la Cámara de Diputados, pues es la única que se relaciona con el Ejecutivo a los efectos del juego institucional de tipo parlamentario, y para hacerla efectiva se debe contar con la mayoría absoluta de los miembros de la misma. Por otra parte, la censura parlamentaria, de acuerdo con lo elaborado en dicho documento, podía ejercerse sobre el primer ministro, como así también sobre los restantes miembros del Consejo. Las diferencias entre uno y otro sistema son tan claras que nos exime de todo comentario complementario. Ellas hablan por si solas, el modelo del CCD coadyuva a descentralizar al Ejecutivo, creando serios amenguamientos de las facultades presidenciales. En la cuestión que nos ocupa el control proviene de una intervención posible del Congreso que puede concluir con una remoción parcial o colectiva del Consejo de ministros.

e) Atribuciones

¿El Jefe de Gabinete tiene un ámbito de competencias propias? La interpretación conjunta de los arts. 100, correspondiente a las atribuciones del Jefe de Gabinete, y 99 dedicado a las del Presidente de la República, permite comprobar que el primero no posee un verdadero campo de potestades propias y que el Jefe de Gabinete será una figura subordinada a la voluntad presidencial. Según lo establece el art. 100, inc. 1, al Jefe de Gabinete de Ministros "le corresponde: ejercer la administración general del país", pero el Presidente según el art. 99, "es el jefe supremo de la Nación, jefe del gobierno, y responsable político de la administración general del país". De lo encomillado podemos rápidamente extraer las siguientes consideraciones:

- Se le agrega al Presidente en adelante y de manera explícita la jefatura de gobierno, la que de por sí importa el manejo de la administración pública entre otras atribuciones.

- La nueva figura que se inserta en el universo del Poder Ejecutivo, no posee un ámbito propio de facultades. Ellas sólo serán el resultado de la supervisión, subordinación o delegación de los poderes que el Presidente tenga a bien derivarle. Más bien se tratará de una suerte de coordinador de gabinete y nexo con el Poder Legislativo. Modalidades que lo acercan a las características que ha tenido el cargo de Secretario General de la Presidencia. A menos que el presidente decida delegarle un ámbito mayor de atribuciones.

- En cuanto a la potestad reglamentaria que se le concede (art. 100, inc. 2º), no debe confundirse con la función de aplicación de las leyes que conserva el Presidente de la Nación con carácter exclusivo (art. 99, inc. 2º)[19]. En realidad se trata del dictado de resolu-

(19) Art. 99: "El presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones:

Es el jefe supremo de la Nación, jefe del gobierno y responsable político de la administración general del país.

Expide las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias.

Participa de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, las promulga y hace publicar.

El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo.

Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regules materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partido políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros.

El jefe de gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las respectivas políticas de cada Cámara. Esta comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras. Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso.

Nombra los magistrados de la Corte Suprema con acuerdo del Senado por dos tercios de sus miembros presentes en sesión pública, convocada al efecto. Nombra los demás jueces de los tribunales federales inferiores en base a una propuesta vinculante en terna del Consejo de la Magistratura, con acuerdo del Senado en sesión pública en la que se tendrá en cuenta la idoneidad de los candidatos. Un nuevo nombramiento, precedido de igual acuerdo, será necesario para mantener en el cargo a cualquiera de los magistrados, una vez que cumplan la edad de setenta y cinco años. Todos los nombramientos de magistrados cuya edad sea la indicada o mayor, se harán por cinco años, y podrán ser repetidos indefinidamente por el mismo trámite.

Puede indultar o conmutar las penas por delitos sujetos a la jurisdicción federal, previo informe del tribunal correspondiente, excepto en los casos de acusación por la Cámara de Diputados.

Concede jubilaciones, retiros, licencias y pensiones conforme a las leyes de la Nación.

ciones —también la tienen los restantes ministros— para poner *en ejercicio las funciones que le son atribuidas en el art. 100.* Pero, de ningún modo toma a su cargo acto alguno que comprenda la función reglamentaria del Poder Ejecutivo, que de manera categórica retiene el Presidente.

- Tampoco en materia de nombramientos recibe una porción importante de poder, pues a los ministros los designa el Presidente, *quien, a su vez, conserva sus atribuciones en lo atinente a magis*trados, oficiales superiores y diplomáticos (art. 99, incs. 4, 7 y 13).

Nombra y remueve a los embajadores, ministros plenipotenciarios y encargados de negocios con acuerdo del Senado; por sí solo nombra y remueve al jefe de gabinete de ministros y a los demás ministros del despacho los oficiales de sus secretaría, los agentes consulares y los empleados cuyo nombramiento no está reglado de otra manera por esta Constitución.

Hace anualmente la apertura de las sesiones del Congreso, reunidas al efecto ambas Cámaras, dando cuenta en esta ocasión del estado de la Nación, de las reformas prometidas por la Constitución, y recomendando a su consideración las medidas que juzgue necesarias y convenientes.

Prorroga las sesiones ordinarias del Congreso, o lo convoca a sesiones extraordinarias, cuando un grave interés de orden o de progreso lo requiera.

Supervisa el ejercicio de la faculta del jefe de gabinete de ministros respecto de la recaudación de las rentas de la Nación y de su inversión, con arreglo a la ley o presupuesto de gastos nacionales.

Concluye y firma tratados, concordatos y otras negociaciones requeridas para el mantenimiento de buenas relaciones con las organizaciones internacionales y la naciones extranjeras, *recibe sus ministros y admite sus cónsules.*

Es comandante en jefe de todas las Fuerzas Armadas de la Nación.

Provee los empleos militares de la Nación: con acuerdo del Senado, en la concesión de los empleos o grados de oficiales superiores de las Fuerzas Armadas; y por sí solo en el *campo de batalla.*

Dispone de las fuerzas armadas, y corre con su organización y distribución según las *necesidades de la Nación.*

Declara la guerra y ordena represalias con autorización y aprobación del Congreso.

Declara *en estado de sitio uno o varios puntos de la Nación, en caso de ataque exte*rior y por un término limitado, con acuerdo del Senado. En caso de conmoción interior sólo tiene esta facultad cuando el Congreso está en receso, porque es atribución que corresponde a este cuerpo. El presidente la ejerce con las limitaciones prescriptas en el artículo 23.

Puede pedir al jefe de gabinete de ministros y a los jefes de todos los ramos y departamentos de la administración y por su conducto a los demás empleados, los informes que crea convenientes, y ellos están obligados a darlos.

Puede ausentarse del territorio de la Nación, con permiso del Congreso. En el receso de éste, sólo podrá hacerlo sin licencia por razones justificadas de servicio público.

Puede llenar las vacantes de los empleos, que requieran el acuerdo del Senado, y que ocurran durante su receso, por medio de nombramientos en comisión que expirarán al fin de la próxima Legislatura.

Decreta la intervención federal a una provincia o a la Ciudad de Buenos Aires en caso de receso del Congreso, y debe convocarlo simultáneamente para su tratamiento.

Por último, es notable el rol de supervisión que sobre todos los actos del Jefe de gabinete ejerce el Presidente, en algunos casos ello es así de manera explícita, como por ejemplo en el inc. 10 del art. 99 o resulta de la potestad que este último posee de solicitarle los "informes que crea convenientes" (art. 99, inc. 17).

f) El gabinete de ministros

La reforma emplea la palabra gabinete cual si se tratara de un cuerpo o de una institución que tiene una composición y facultades propias, es decir de un ente que expresa su voluntad en relación con distintos actos que hacen a la vida institucional del país. Sin embargo las únicas pres*cripciones que involucran al gabinete están relacionadas con la activi*dad de su jefe, quien más bien pareciera ser un coordinador del mismo. Ello en razón de que queda a su cargo convocar al gabinete a reuniones, como así también prepararlas y coordinarlas (art. 100, inc. 5º), pero sólo las puede presidir en caso de ausencia del Presidente. Es cierto que se exige el acuerdo del gabinete para decidir el envío al Congreso del proyecto de ley de ministerios y del presupuesto nacional (art. 100, inc. 6º). *No olvidemos que ambas leyes, contienen disposiciones que involucran* a todos los ministerios, por ello requieren el refrendo de todos los ministros. Es decir que aún antes de exigirse un acuerdo conjunto, el mismo de hecho existía, se diese o no en el seno de una reunión de gabinete. Lo antedicho nos lleva a afirmar que el gabinete tampoco tiene las caracte*rísticas de un cuerpo o consejo de tipo parlamentario. Se ha incorporado* al texto constitucional un término que antes de la reforma era utilizado en el lenguaje corriente para aludir al conjunto de los ministros, pero ello no importa imprimirle a la institución una dinámica ajena a las prácticas del presidencialismo.

g) Balance de la figura

Tanto en el parlamentarismo como en el semi presidencialismo, el Primer Ministro es una institución independiente de la voluntad del jefe de Estado, cuya permanencia está ligada a la decisión del Parlamento, quien le brinda o retira la confianza en función de su composición política interna. Es por lo tanto, un órgano independiente, con responsabi*lidad política propia y ocupa un lugar en el andamiaje institucional del* poder. La creación de una figura con el nombre de Jefe de Gabinete o de Primer Ministro en el interior de un ejecutivo unipersonal, no alcanza per se a cambiar los rasgos de nuestra estructura presidencial. Mientras el Presidente pueda remover a este nuevo ocupante del ejecutivo -más allá de la denominación que se le otorgue y siempre que así lo decida- no

se producirá ninguna modificación de fondo en el funcionamiento de las instituciones, ya que la voluntad protagónica e indiscutida del primer magistrado subsistirá. "Evidentemente, y esto no necesita mayores explicaciones, nuestro sistema de gobierno sigue siendo presidencialista. El Poder Ejecutivo (unipersonal) sigue siendo el jefe supremo de la Nación, jefe de Gobierno y responsable político de la administración general del país" (20).

En última instancia el Jefe de Gabinete es un ministro más, e independientemente de la magnitud de sus facultades, su dependencia del deseo presidencial es categórica y absoluta, del mismo modo que los restantes ministros; respecto de los cuales el Jefe de Gabinete no ejerce tampoco ningún tipo de prerrogativa relacionada con su designación o remoción.

La figura del Jefe de Gabinete no constituye de ningún modo un contrapeso efectivo a las prerrogativas presidenciales. Se trata de una figura muy alejada de la institución del Primer Ministro o "Premier", característico de los sistemas parlamentarios y semipresidencialistas. La competencia de este nuevo actor institucional no aparece debidamente definida en el texto propuesto, en la medida que el grueso de sus atribuciones serán lo que el presidente decide que sean a través de las delegaciones que decida (21).

h) Reglamentación

El art. 100 CN al disponer que "el Jefe de gabinete de ministros y los demás ministros secretarios cuyo número y competencia será establecida por una ley especial...", ha expresado de manera categórica el instrumento necesario para la implementación de la nueva figura. Se trata de una ley especial, es decir del acto de naturaleza legislativa, que de acuerdo con los principios generales del derecho constitucional, es necesario dictar para establecer el régimen jurídico complementario al que remite el texto constitucional. No obstante, el Poder Ejecutivo Nacional ante la ausencia de una norma del Congreso antes del plazo determinado en la disposición transitoria duodécima de la Ley Fundamental, dictó un decreto a efectos de llenar el vacío legislativo. La citada disposición determina que "las prescripciones establecidas en los artículos 100 y 101 del Capítulo cuarto de la Sección segunda, de la segunda parte de esta Constitución referidas al jefe de gabinete de ministros, entrarán en vigencia el 8 de julio de 1995". Se trataba de la fecha de iniciación del nuevo mandato presidencial. Para justificar la emisión del decreto 977/95 (22), el Ejecutivo en el primer considerando expresa que "de acuerdo a lo preceptuado por la Disposición Transitoria Duodécima de la CN, las prescripciones establecidas en sus artículos 100 y 101 son inmediatamente operativas a partir del 8 de julio de 1995". Por tal motivo el ejecutivo interpreta que es el jefe de gabinete el encargado de intervenir en la elaboración del proyecto de ley a que alude el citado art. 100, pero que previo a ello se hace necesario "adoptar una serie de medidas para reglar el funcionamiento de la institución". En suma se trata de normas que según el decreto deberán regir durante el período "de transición" entre la asunción del nuevo funcionario y la ley que en definitiva se dicte sobre el particular. Luego de expresar la tabla de materias que deben ser objeto de regulación el ejecutivo fundamenta su intervención en el art. 100, inc. 1 de la CN.

El decreto 977 reglamenta el art. 100 de la CN a través de 17 artículos, muchos de los cuales repiten lo ya determinado en dicha disposición constitucional. Sin embargo, desde la primera de las disposiciones se pone de manifiesto la voluntad del redactor de interpretar el alcance del texto constitucional con el sentido más restrictivo posible. Así el art. 1° establece: "el Presidente de la Nación será asistido por el Jefe de Gabinete de Ministros..." Expresión que por sí sola acentúa la dependencia del segundo respecto del primero.

Por otra parte, el carácter de asistente rebela por si solo la imposibilidad de ejercer funciones de control sobre el titular del ejecutivo. Pues, es imposible que un subordinado pueda fiscalizar los actos de su principal produciendo algún efecto jurídico en lo que hace al equilibrio en el ejercicio del poder. Esta actitud está presente en la mayor parte del articulado. Así el art. 6° expresa que los decretos del Presidente sólo son refrendados por el Jefe de Gabinete "en aquellos casos en que se afecten competencias propias" del mismo. Luego el art. 7° esclarece el alcance de la supuesta potestad reglamentaria del Jefe de Gabinete, cuando establece que los actos que éste dicte en uso de sus potestades constitucionales se denominarán "decisiones administrativas", expresión que confirma nuestra interpretación sobre el particular. El art. 12 al establecer el sentido de las delegaciones contempladas en el art. 100, inc. 4, limita su alcance. La citada disposición constitucional expresa que le corresponde al Jefe de Gabinete "ejercer las funciones y atribuciones que le delegue el presidente de la Nación". Pues bien en el decreto se manifiesta

(20) BARRAZA, J. I. y SCHAFRIK, F. H., *El Jefe de Gabinete de ministros*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999/01/04, p. 165.

(21) El segundo dictamen del CCD 10 lo definió de la siguiente manera: "El Consejo de Ministros se integra con el primer ministro y los titulares de los respectivos ministerios o quienes hagan sus veces... tendrá competencia en todos los asuntos de gobierno y administración que planteen en su seno el presidente, el primer ministros o cualquiera de los ministros en temas de sus respectivas carteras...".

(22) B.O. 1995/07/11.

que dichas delegaciones "se entenderán limitadas a las atribuciones de administración relativas a las competencias propias del Presidente de la Nación conforme se estipule expresa y taxativamente por decreto". Esta disposición, aunque integrase el cuerpo de una ley, es abiertamente inconstitucional, pues altera la norma que reglamenta. Para concluir se le prohíbe al Jefe de Gabinete subdelegar las atribuciones que se le delegaren. El decreto 977/95 corrobora de manera manifiesta nuestras impresiones sobre el nuevo instituto. En primer lugar por la abierta inconstitucionalidad del instrumento elegido para ello. Nunca una disposición constitucional puede ser reglamentada por decreto. Menos aún cuando el propio artículo de la Constitución prescribe la necesidad de que una ley se ocupe de fijar el alcance del mismo. En segundo lugar, el sentido restringido que se le dan a las ya limitadas potestades del jefe de gabinete lo convierten en un asistente más del titular del ejecutivo, todo lo cual no puede sino tornar ilusorias las aspiraciones contenidas en el "Pacto de Olivos" relativas a la atenuación del presidencialismo argentino, que se cifraron cuando se decidió introducir a la nueva figura institucional en la Constitución.

Con fundamento en la Ley de Ministerios, varios decretos han regulado las competencias de las diversas áreas de la Jefatura de Gabinete de Ministros. El decreto 357 del 2002 fue modificado por el decreto 686 del 2003, en cuyo anexo se establece el organigrama de la Jefatura de Gabinete, lo cual no implica modificar las competencias del Jefe de Gabinete.

6. Consideraciones finales

- Tanto en el parlamentarismo como en el semipresidencialismo, el Primer Ministro es una institución independiente de la voluntad del jefe de Estado, cuya permanencia está ligada a la decisión del Parlamento, quien le brinda o retira la confianza en función de su composición política interna. Es por lo tanto, un órgano independiente, con responsabilidad política propia y ocupa un lugar en el andamiaje institucional del poder. La creación de una figura con el nombre de Jefe de Gabinete o de Primer Ministro en el interior de un ejecutivo unipersonal, no alcanza *per se*, para cambiar los rasgos de nuestra estructura presidencial. Mientras el Presidente pueda remover a este nuevo ocupante del ejecutivo —más allá de la denominación que se le otorgue y siempre que se le antoje—, no se producirá ninguna modificación de fondo en el funcionamiento de las instituciones, ya que la voluntad protagónica e indiscutida del primer magistrado subsistirá.

- Las disposiciones sobre los ministros contempladas en nuestra Constitución desde su sanción de poco han servido para atenuar el presidencialismo. Creemos que esto ha sido así en razón del carácter monocrático del Ejecutivo, que hoy se mantiene en la redacción del art. 87. Además, el primer mandatario con su potestad de designar y de remover libremente a los ministros retiene la clave de bóveda del ejercicio del poder, que impide que nadie se anteponga a su voluntad. Tampoco ha demostrado ser eficaz a los efectos del control, la singular, para un sistema no parlamentario, relación Congreso-ministros. Más allá del sano deseo de obligar a una suerte de rendición de cuentas del Ejecutivo —a través de sus ministros—, por una parte, y por otra, de facilitar el contacto entre ambos poderes, flexibilizando la férrea separación presente en el antecedente estadounidense. La imposibilidad del Legislativo de llevar hasta sus últimas consecuencias la incipiente "censura" del art. 71, pareciera haber enervado el funcionamiento de estos mecanismos.

- Nos parece importante recordar un principio fundamental en materia de control entre distintos órganos de gobierno. El mismo expresa la necesidad de que no exista una relación de dependencia del órgano o del funcionario "controlante" respecto de aquel a quien él debe fiscalizar. A ello nos parece importante agregar la necesidad de que quien controla pueda hacer uso de su poder disciplinario, cuando en ejercicio de sus potestades de control, encuentre procederes reprochables desde el punto de vista del equilibrio de los poderes, o al menos desaconsejables desde su propia óptica en consideración a la prudencia política. Además, su nombramiento y remoción constituyen también una potestad presidencial, pues la censura del Congreso que se contempla será de tan difícil ejercicio que de hecho resultará prácticamente imposible que alguna vez se concrete en la práctica. La posición del Congreso frente al Jefe de Gabinete tampoco ha sido pensada de manera detenida, pues, resulta sorprendente, que contando con la potestad de removerlo, no se haya previsto ningún tipo de intervención de su parte en el proceso relativo a su nombramiento. También resulta, por lo menos, atípica la falta de paralelismo entre la censura y la disolución del Congreso que no ha sido contemplada. Asimismo, sorprende que toda la relación Congreso-Gabinete, se centre exclusivamente en su jefe, pues no se ha previsto que la censura pueda ser individual (en relación con los restantes ministros), colectiva o total.

- Frente a estas reflexiones, la introducción en el "universo" del Poder Ejecutivo de la figura del Jefe de Gabinete, en nuestra opinión,

no constituye de ningún modo un contrapeso efectivo a las prerrogativas presidenciales. Se tratará de una figura muy alejada de la institución del Primer Ministro o Premier", característico de los sistemas parlamentarios y semipresidencialistas. La competencia de este nuevo actor institucional no está debidamente definida en el flamante texto constitucional, en la medida que el grueso de sus atribuciones serán el producto de la delegación presidencial y su posición institucional frente a él no se diferencia de la de los demás ministros, como ya hemos analizado. Además, la potestad reglamentaria que se le otorga (art. 100, inc. 2º), en realidad es la misma que poseen los restantes ministros y que ejercitan a través del dictado de las resoluciones que firman como responsables del "despacho de los negocios de la Nación" que quedan a su cargo.

- El presidencialismo estadounidense ha sido tomado como modelo de forma de gobierno por casi la totalidad de los países de América Latina. Sin embargo, su aplicación en contextos tan diferentes ha llevado igualmente a la conformación de regímenes políticos muy distintos. Es así, como en nuestras latitudes la dinámica presidencialista lejos de haber facilitado la consolidación de la democracia, ha significado una vuelta al pasado personalista y caudillista tan característico del modo de ejercicio del poder durante el período colonial español y también luego de la independencia, hasta el logro de las organizaciones nacionales. Al menos éste ha sido el derrotero de la mayoría de los países latinoamericanos, en especial el de la Argentina.
- Así las cosas, la voluntad de atenuar el presidencialismo es también una nota común en nuestros países. Sin embargo, las experiencias exitosas son muy poco numerosas. Además, casi siempre han pecado por defecto, pareciera que la fidelidad a un modelo fallido es tan fuerte que cuando se llevan a cabo reformas, estas son tan tímidas que en realidad no sirven a los fines para lo cuales han sido realizadas. El Jefe de Gabinete de nuestra Constitución luego de su última reforma, es un ejemplo cabal de ello.
- Frente a las voces que se alzan solicitando una rápida modificación de nuestro presidencialismo, con el ministro de la Corte Suprema Zaffaroni, a la cabeza, nos preguntamos si ésta no debería verse precedida de una importante reforma política que opere sobre el sistema y permita la conformación de partidos democráticos y robustos.
- Asimismo, antes de llevar a cabo la enmienda, es necesario pensar con sumo cuidado cuál es la alternativa más aconsejable, entre un amplio menú de posibilidades.

- Además del presidencialismo cabe pensar en el federalismo, tan debilitado en nuestro país. No olvidemos que en los Estados Unidos, las formas de Estado y de gobierno han sido concebidas de manera conjunta.
- Sólo un enorme esfuerzo de reconstrucción republicana, tanto en las normas como en particular en los comportamientos, nos permitirá salir de la decadencia en que nos encontramos.

BIBLIOGRAFÍA

- CONSEJO PARA LA CONSOLIDACIÓN DE LA DEMOCRACIA (CCD), *Dictamen Preliminar sobre la Reforma constitucional*, EUDEBA, Buenos Aires, 1986.
- CONSEJO PARA LA CONSOLIDACIÓN DE LA DEMOCRACIA (CCD), *Segundo Dictamen sobre la Reforma constitucional*, Eudeba, Buenos Aires, 1987.
- DE RIZ, LILIANA y SABSAY, DANIEL A., *El Jefe de Gabinete en el Sistema Presidencial argentino*, en: NOHLEN, D. y FERNÁNDEZ, M., *El presidencialismo renovado*, Nueva Sociedad, Caracas, 1998.
- DUVERGER, MAURICE, *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*, Ariel, Barcelona, 1962.
- DUVERGER, MAURICE, *Les Régimes Sémi-Présidentiels*, PUF, París, 1986.
- EKMEKDJIAN, MIGUEL ANGEL, *Temas Constitucionales*, La Ley, Buenos Aires, 1987.
- LAMBERT, JACQUES, *La transposition du régime présidentiel hors les Etats Unis: le Cas de l'Amérique Latine*, Revue de Science Politique Francaise, septiembre 1981.
- LARÍA, ALEARDO, *Calidad Institucional y Presidencialismo - Los problemas no resueltos de Argentina*, Nuevo Hacer - Grupo Editor Latinoamericano, Buenos Aires, 2008.
- LINZ, JUAN, *Democracia presidencial o parlamentaria. Hay alguna diferencia? Presidencialismo vs. Parlamentarismo*, Eudeba. Buenos Aires, 1988.
- LOEWENSTEIN, KARL, *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1983.
- MIDÓN, MARIO A. R., *Decretos de Necesidad y Urgencia*, La Ley, Buenos Aires, 2001.
- NELSON, CHRISTOPHER M., *An Opportunity for Constitutional Reform in Argentina: Re-Election 1995*, Miami Inter-American Law Review, p. 7 (Traducción del autor del presente trabajo).

- NINO, CARLOS S. y otros, *El Presidencialismo puesto a prueba*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.
- NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO, *Los Regímenes Presidencialistas de América Latina*, en *Presidencialismo vs. Parlamentarismo: Materiales para el estudio de la reforma constitucional*, Consejo para la Consolidación de la Democracia, Eudeba, Buenos Aires, 1988.
- NOHLEN, D. y FERNÁNDEZ, M., *El Presidencialismo Renovado - Instituciones y cambio político*, Nueva Sociedad, Caracas, 1998.
- NOHLEN, D. y FERNÁNDEZ, M., *Presidencialismo versus parlamentarismo*, Nueva Sociedad, Caracas, 1991.
- NOHLEN, D. (editor), *Descentralización política y consolidación democrática*, Nueva Sociedad, Caracas, 1991.
- NOHLEN, D., *Presidencialismo, semipresidencialismo y parlamentarismo. Conceptos y la experiencia europea*, Fundación F. Ebert, Buenos Aires, 1988.
- PELTZER, ENRIQUE, *El Régimen Parlamentario*, Dictamen preliminar del Consejo para la Consolidación de la Democracia. Anexo a la labor de la Comisión 2, Buenos Aires, 1986.
- PELTZER, ENRIQUE, *Los Presidentes - Sus excesos, sus debilidades y el ocaso de la Argentina*, Nuevo Hacer - Grupo Editor Latinoamericano, Buenos Aires, 2006.
- SABSAY, DANIEL A., *El Parlamentarismo en América*, Enciclopedia Jurídica OMEBA, t. VI, Apéndice.
- SABSAY, DANIEL A., *Elementos para una eventual modificación de nuestra forma de gobierno*, La Ley Actualidad, año LIII, N° 210, Buenos Aires, 1989.
- SABSAY, DANIEL A., *El ballottage su aplicación en América Latina y la gobernabilidad*, Centro de Asesoría y Promoción Electoral - Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Cuaderno N° 34, San José, Costa Rica, 1991.
- SABSAY, DANIEL A., *Las nuevas constituciones provinciales en la Argentina: un análisis comparado*, CEDDES-Legasa, Buenos Aires, 1991.
- SAGUIR, JULIO, *Unión o Secesión - Los procesos constituyentes de Estados Unidos de América (1766-1787) y de Argentina (1810-1862)*, Prometeo libros, Buenos Aires, 2008.
- SÁNCHEZ, A. L., *Curso de Derecho Constitucional Comparado*, Universidad de Madrid, Madrid, 1980.

CAPÍTULO XIV

PODER LEGISLATIVO

SUMARIO: 1. Importancia del órgano.— 2. Estructura y composición. a) Diputados. i) Condiciones para ser elegido, duración de los mandatos. Suplentes. ii) Forma de elección. Cantidad de bancas. b) Senadores. i) Requisitos para ser elegido senador. Duración del mandato. ii) Cantidad de bancas. Forma de elección. iii) La Cláusula Transitoria Cuarta. iv) Presidencia del Senado. — 3. Facultades exclusivas de cada Cámara. a) Facultades exclusivas del Senado. b) Facultades exclusivas de la Cámara de Diputados.— 4. Privilegios parlamentarios. a) Privilegios colectivos. i) Juicio de las elecciones, derechos y títulos de los legisladores. ii) Poder reglamentario. iii) Poder disciplinario. iv) Pedidos de informes a los ministros. b) Privilegios individuales. i) Inmunidad de opinión. ii) Inmunidad de arresto. iii) Desafuero. Procedimiento. Régimen de la ley 25.320.— 5. Incompatibilidades parlamentarias. a) Funciones ejecutivas. b) Eclesiásticos y gobernadores de Provincia.— 6. Organización y funcionamiento del Congreso. El derecho parlamentario. a) Quórum y votaciones. b) Sesiones. i) Clases y duración. ii) Simultaneidad. iii) Comisiones.— Bibliografía.

1. IMPORTANCIA DEL ÓRGANO

El Poder Legislativo es el órgano del Estado encargado de la elaboración de las normas generales y abstractas que regulan las relaciones que se establecen dentro de la comunidad. Ellas tienen consecuencias directas sobre el ejercicio de los derechos subjetivos de los habitantes. El Legislativo es un poder que aparece con la democracia y no por casualidad se lo considera el depositario de la soberanía del pueblo. Su función primordial es la sanción de leyes que son elaboradas por los representantes del pueblo dotados de un mandato expreso surgido del pronunciamiento del electorado en las urnas, estas normas definen los aspectos sustanciales de las grandes políticas públicas que irán precisando el derrotero del país. En la Argentina, el Poder Legislativo es ejercido por el Congreso, ya que este es el nombre con que se lo conoce en los sistemas presidencialistas.

Estas características llevan a pensar que su funcionamiento y presencia institucional en el tinglado del poder son las de una institución

básica de la República. Sin embargo, una simple mirada a la realidad permite percibir un estado de situación muy alejado de lo que surge de esa reflexión. En efecto, el débil protagonismo de nuestro Congreso responde a diferentes causas ligadas tanto a nuestra historia institucional como a la evolución de su actuación en el marco de la transición a la democracia. Con relación a nuestra historia, la recurrencia de los golpes de Estado ha obrado como un formidable factor de destrucción de la legitimidad legislativa. Esto ha ocurrido en tanto la disolución del Congreso ha sido una de las primeras consecuencias de todo gobierno *de facto*. Es más, la prédica justificante del hecho de fuerza, ha apuntado directamente al corazón de este poder, considerado como la encarnación de todos los males, una suerte de fuente de "libertinaje" alejada del verdadero sentido que deben tener las instituciones democráticas.

Desde los medios de comunicación, esta "explicación" ha sido una de las vetas más explotadas para ir generando en la opinión pública el necesario consenso que siempre ha acompañado a los golpes de estado en nuestro país.

Así las cosas, esta observación señala una complicidad de parte de los mismos gobernados, ya que si la prédica siempre cumplió con su objetivo, ello tiene que ver de alguna manera con la percepción que tiene la opinión pública sobre el Congreso. Consideración que puede ser trasladada a lo que ocurre en la actualidad. Las encuestas ponen de manifiesto el altísimo grado de insatisfacción de la gente para con el Congreso. Es cierto que esta situación no es ajena al grado de descrédito que hoy acusan todas las instituciones, pero, insistimos en que respecto del Congreso operan una gran cantidad de prejuicios desfavorables que provienen de un pasado autoritario difícil de superar en su totalidad.

Al propio Congreso le cabe una porción importante de responsabilidad, ya que desde 1983 no ha sabido ocupar el lugar que le corresponde, de modo de convertirse en el espacio privilegiado para el debate de los grandes temas nacionales.

Asimismo, es de destacar la permanente invasión de la esfera legislativa por parte del Ejecutivo, la que no recibe el necesario embate reparador del propio órgano afectado. Pero, no cabe duda de que los cambios en el Congreso requieren de una reforma política con mayúscula que procure nuevas reglas de juego. En tal sentido, la mayor libertad del elector, la transparencia del financiamiento de los partidos políticos, la democratización interna de estos últimos, la participación ciudadana, nuevas pautas federales, son algunas de las modificaciones a emprender con la mayor urgencia.

El Legislativo es el poder en el que se desarrolla la deliberación, ya que en su seno está representada la totalidad del electorado a través de la diferentes expresiones políticas que han logrado representación a través de las bancas que les han sido asignadas luego de finalizados los comicios. Por ello, es el órgano que debe canalizar las grandes decisiones políticas del Estado a partir de un proceso de formación de una voluntad que es colegiada y que exige de la intervención de diferentes instancias dentro del proceso de formación y de sanción de las leyes. Esto permite que las decisiones se tomen paulatinamente y en un marco que permite la participación y la información de la población. Además, opera como un órgano de control sobre los otros dos poderes y tiene determinadas materias reservadas como lo relativo a presupuesto, impuestos y otras potestades de tipo económico, junto a aspectos vinculados con la organización de la justicia, descentralización de la administración, cuestiones electorales y de partidos políticos, entre otras.

La modalidad de renovación parcial ha llevado a que su composición desde 2009, presente una mayoría opositora que se distribuye entre un abanico de representaciones que van desde la izquierda hasta la derecha del arco político. Se trata de un escenario novedoso para la vida institucional de nuestro país susceptible de contribuir en la construcción de una cultura favorable a la búsqueda de consensos producto de la concertación. Ello, puede permitir que de a poco se vaya superando una práctica autoritaria fundada en la imposición proveniente de gobiernos mayoritarios que han ido creando el denominado modelo de democracia "delegativa", recurriendo a la terminología que utiliza el politólogo Guillermo O'Donnell. Es decir un sistema en el que quien ha obtenido la mayoría desconoce el derecho de las minorías a participar en la elaboración de políticas como así también va invadiendo las esferas de competencia de los otros dos poderes y debilitando a los órganos de control, a partir de una modalidad "hiperpresidencialista", que como se ha visto en el capítulo anterior está muy presente en la realidad latinoamericana, en general, y argentina en particular.

2. ESTRUCTURA Y COMPOSICIÓN

El Congreso argentino es bicameral. Así lo dispone el art. 44 de la Constitución al establecer que "*Un Congreso compuesto de dos Cámaras, una de diputados de la Nación y otra de senadores de las provincias y de la Ciudad de Buenos Aires, será investido del Poder Legislativo de la Nación*".

En cuanto a la naturaleza de la representación, la Cámara de Diputados o Cámara Baja representa al pueblo de la Nación y el Senado o Cá-

mara Alta representa a las Provincias y a la Ciudad de Buenos Aires, permitiendo así que los Estados locales participen en el proceso de toma de decisiones del gobierno nacional, con lo cual se concreta una de las relaciones fundamentales del federalismo. La reforma de 1994 ha sustituido en esta norma el término "Capital" por el de "Ciudad de Buenos Aires", uniformándose la voz en todo el articulado constitucional de manera coherente con lo que determina el nuevo régimen de autonomía previsto en el art. 129 para la Ciudad.

El constituyente reformador de 1994 realizó numerosas reformas al poder Legislativo, en relación con el Senado produjo modificaciones relacionadas con las modalidades de elección y duración del mandato de los senadores como más adelante expondremos. Estas modificaciones no abarcan cuestiones relacionadas con el órgano, como fue el caso en muchos otros proyectos anteriores. Entre ellos el más difundido ha sido el del ya citado Consejo para la Consolidación de la Democracia. Recordemos que en sus dictámenes se le daba al Senado un nuevo marco de referencia, con el objetivo de convertirlo en el efectivo reaseguro de la vigencia del sistema federal. En tal sentido, se le concedían atribuciones centradas en el cumplimiento de dicho rol. La Cámara Alta perdería su facultad de iniciadora en materia legislativa que como principio general se le otorgaba a Diputados, conservando su papel de revisora exclusivamente. La situación se revertía cuando se trataba de proyectos de ley en que podrían estar involucrados temas de incumbencia federal. A su vez, todo esto se veía acompañado de herramientas concretas en materia de acuerdos, de registro y de concertación de tratados interprovinciales, entre otras. Esta propuesta ha servido como antecedente de los incs. 2 y 19 del art. 75 CN en los cuales se le da al Senado el privilegio de ser Cámara iniciadora en dos materias, como se verá más adelante en este capítulo.

La existencia de dos Cámaras además de asegurar la dos formas de representación mencionadas, permite que las leyes sean elaboradas de conformidad con un proceso que consta de dos etapas, la iniciadora, a cargo de la Cámara en la que ha comenzado el tratamiento de un proyecto; y la revisora, de parte de la Cámara que interviene una vez que dicho proyecto ha obtenido la sanción de la Cámara de origen. Sin embargo, más allá de este fenómeno paralelo de ejercicio de potestades, cada Cámara tiene ciertas atribuciones que les son propias, es decir los poderes exclusivos que analizamos más adelante.

A continuación desarrollaremos lo atinente a las modalidades de elección, mandatos y otras cuestiones atinentes a los miembros del Congreso, diputados y senadores.

a) Diputados

i) Condiciones para ser elegido, duración de los mandatos. Suplentes

Para ser elegido diputado se requiere haber cumplido la edad de veinticinco años, tener cuatro años de ciudadanía en ejercicio, y ser natural de la provincia que lo elija, o con dos años de residencia inmediata en ella (art. 48 CN).

Además del carácter directo de la elección y del plazo de 4 años del mandato, el constituyente fija la reelegibilidad indefinida de los diputados (art. 50 CN), como así también un sistema escalonado de renovaciones parciales de la Cámara. Este sistema, casi único en el mundo, constituye un mecanismo valioso de control y de renovación del consenso en las formas presidencialistas de gobierno que se efectúa de manera gradual. El derecho público provincial ha comenzado a aplicar límites a la reelección indefinida, como ocurre con la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires[1].

La Constitución material no se compadece con el temperamento fijado en el art. 51 para la renovación de las vacantes en las bancas[2]. Ahora, cuando se produce una vacante ella se cubre con el candidato ubicado en la misma lista a la cual pertenecía el anterior titular de la banca en cuestión, y que se encuentra ubicado a continuación del último que ha resultado electo de esa misma nómina y así sucesivamente.

ii) Forma de elección. Cantidad de bancas

El art. 45 CN establece el modo de elección de los diputados, la base poblacional para la determinación de su número y el criterio de representación. Este último ha sido interpretado en el sentido de que los diputados representan a la ciudadanía en su conjunto, por oposición a los senadores que lo hacen por las provincias que los han designado en cada caso. Se trata de una de las escasas disposiciones en las que el constituyente se pronuncia en materia electoral. La expresión "simple pluralidad de sufragios" y la determinación de los distritos, parecieran estar destinadas a limitar el tipo de sistemas electorales susceptibles de ser escogidos por el legislador para la designación de los miembros de esta Cámara. En

(1) El art. 69 de la Constitución porteña establece respecto de los diputados que, en caso de haber sido reelectos, no pueden ser reelegidos para un nuevo período sino con el intervalo de cuatro años.

(2) Según dice el art. 51 "en caso de vacante el gobierno de provincia, o de la Capital, hace proceder a elección legal de un nuevo miembro".

tal sentido, fue muy discutida la incorporación de las circunscripciones uninominales a principios de siglo. Aunque finalmente se impuso en el Congreso la tesis favorable. Al respecto, Sanguinetti manifiesta que "la elección por distritos provinciales no tiene rango sustancial en la Constitución, sino que responde a un criterio formal, administrativo, de mero orden, gestión o conveniencia. Por tanto parece razonable que los distritos puedan fraccionarse, y que cada una de esas divisiones, pedanías o departamentos, tenga sus propios candidatos, de los que uno será elegido en la circunscripción pero como diputado por el distrito y representante de toda la Nación"(3).

Asimismo, sería de muy dudosa constitucionalidad la utilización del sistema conocido con el nombre de ley de lemas, vigente en el Uruguay y que ha sido adoptado por numerosas provincias. Por el contrario, no tenemos duda sobre la imposibilidad de adoptar el ballottage o doble vuelta, ahora previsto para la elección presidencial (arts. 94 y ss.), para designar a esta categoría de funcionarios. Una mera interpretación literal de la expresión "simple pluralidad de sufragios" permite concluir que la solución elegida importa la asignación de los cargos en disputa a los candidatos que hubiesen obtenido el primer lugar en el escrutinio, independientemente del porcentaje por ellos reunido, siendo incompatible la imposición por parte del legislador de una segunda vuelta, cuando en la primera nadie hubiese logrado una cantidad de sufragios superior a determinado margen.

Es de destacar que no se han efectuado los reajustes periódicos, a los fines de establecer el número de diputados tal como determina el art. 45. Ello, principalmente porque el Congreso, con muy buen tino, no ha considerado necesario proceder de manera continuada a elevar el número de sus integrantes. Pero, además, ha contribuido el hecho de que no se han efectuado los censos con la periodicidad que la Ley Fundamental determina. Si bien la base poblacional para la representación fue modificada en 1898, ya que con anterioridad se determinaba la base de un diputado por cada veinte mil habitantes, o de una fracción que no baje del número de diez mil, de actualizarse la cifra se llegaría a una cantidad muy cercana a los 1000 legisladores.

La legislación electoral vigente determina un piso mínimo de 5 representantes en la Cámara Baja para cada provincia. Dadas las abismales diferencias de población que existen entre uno y otro distrito, esta exigencia redunda en una extraordinaria sobrerepresentación de las Provincias pequeñas en detrimento de las grandes. Las primeras, de aplicarse un criterio estricto de representación, en la mayoría de los casos, apenas si podrían elegir dos representantes. Esta situación opera como un serio ataque al principio de igualdad en materia electoral que se refleja a través del postulado de una persona igual un voto.

(3) SANGUINETTI, HORACIO, *Formas políticas: el voto uninominal por circunscripciones"*, en SANGUINETTI, H. y SABSAY, F. L., *Curso de introducción al conocimiento de la sociedad y el Estado*, Eudeba-Macchi, Buenos Aires, 1985, p. 303.

La Constitución fija un criterio que consideramos muy sabio en materia electoral, a partir del reconocimiento implícito de su carácter coyuntural. En consecuencia, queda en manos del legislador la posibilidad de ir variando la correspondiente normativa, tantas veces como lo aconsejen las circunstancias por las que pueda atravesar el país. Así, a lo largo de nuestra historia institucional el marco electoral ha evolucionado y se han ensayado distintos tipos de sistemas. En la actualidad, para la elección de diputados, rige el sistema creado en la ley 22.838 que establece la proporcionalidad, de conformidad con la variable D'Hondt, exigiéndose un umbral mínimo del 3% de los votos del padrón de cada distrito para que una lista pueda entrar en el cómputo destinado a la asignación de los escaños en disputa.

b) Senadores

i) Requisitos para ser elegido senador. Duración del mandato

Los requisitos para ser elegido senador nacional (art. 55 CN) se mantienen luego de la reforma, al igual que en el caso de los diputados nacionales. Ellos son: tener la edad de treinta años, haber sido ciudadano de la Nación por el término de seis años, disfrutar de una renta anual de dos mil pesos fuertes o de una entrada equivalente, y ser natural de la provincia que lo elija o con dos años de residencia inmediata en ella. Para la renovación de las vacantes se determina el mismo criterio que fija el art. 51 de la Constitución para la cobertura de las vacantes de diputados.

El acortamiento del plazo del mandato de los senadores es una de las modificaciones a la Cámara Alta introducidas por el constituyente reformador. Se trata de una antigua aspiración que figuraba prácticamente en todos los proyectos de reforma constitucional de origen legislativo o doctrinario. El mantenimiento de un período de nueve años se contradecía con las características que debe presentar una institución republicana. En consecuencia, se ha disminuido el mandato de los senadores en tres años al pasar de 9 a 6 años de conformidad con lo preceptuado en el art. 56.

Como consecuencia de la elección directa y del sistema para el reparto de las bancas, sufre cambios el régimen para las renovaciones. En lo

sucesivo, cada distrito designa a sus tres senadores de manera simultánea y ello determina que las renovaciones por tercios cada dos años —en lugar de cada tres como era antes— involucren, en cada oportunidad, la representación total de la tercera parte de los distritos.

ii) Cantidad de bancas. Forma de elección

La reforma de 1994 introdujo otras importantes modificaciones sobre el régimen que regula a los senadores, con la aspiración de que ellas tuviesen consecuencias positivas, fortaleciendo la forma federal de estado. Así esta enmienda se suma a las restantes realizadas en aras de vigorizar la debilitada autonomía de las provincias, las que fueron realizadas en el título segundo de la parte dogmática —Gobiernos de Provincia—[4].

En la nueva redacción del art. 54 se encaran modificaciones que se completan en el art. 56. En primer lugar, el número de integrantes del Senado se eleva de 2 a 3 miembros por cada Provincia y por la Ciudad de Buenos Aires. La novedad se funda en la necesidad de distribuir la *representación de cada distrito entre las dos fuerzas más votadas que se* concreta a través del sistema electoral de lista incompleta para la distribución de las bancas entre las fuerzas políticas más votadas. Estas modificaciones tienen como antecedente la enmienda de 1972 y el proyecto del Consejo para la Consolidación de la Democracia[5], entre otros.

En segundo lugar, se sustituye el sistema de elección indirecta previsto en la redacción de 1853, por el de sufragio directo del electorado de cada distrito. La reforma de 1949 también establecía la elección directa de los senadores. La cuestión genera argumentos a favor como en contra. Quienes se pronuncian a favor de la elección indirecta, sostienen que su modificación produce un serio menoscabo al federalismo, pues, en la medida que los senadores representan a las provincias, su designación del mismo modo que los diputados importa un apartamiento de ese propósito y en consecuencia quedaría destruida la participación de las provincias en el gobierno federal. Frente a esta postura, los partidarios de la elección directa se apoyan en las lecciones de la práctica y consideran que en realidad la elección indirecta, lejos de asegurar la voz de las provincias en el gobierno nacional, importa un sinnúmero de corruptelas, producto del modo de elección en el interior de las Legislaturas. Todas estas prácticas afectan el principio de representación en general y gene-

(4) Ver Capítulo V.

(5) Consejo para la Consolidación de la Democracia, *Dictamen Preliminar sobre la Reforma Constitucional* y *Segundo Dictamen*, Eudeba, Buenos Aires, 1986 y 1987, respectivamente.

ran una gran frustración de parte del electorado que observa al Senado como un cuerpo alejado de su voluntad.

La iniciativa de reforma constitucional del presidente Alvear de 1923, inspirada en el pensamiento de Matienzo, proponía, entre otros aspectos, la elección directa de los senadores. Cabe destacar lo que expresaba en sus fundamentos sobre este particular, allí se expresaba que: "la elección de los senadores por las Legislaturas de Provincia ha dado margen a gran número de perturbaciones políticas, que han motivado con frecuencia la intervención nacional para devolver a las provincias perturbadas el goce y ejercicio de las instituciones republicanas. Los Estados Unidos, de donde imitamos esta forma de elección, la han suprimido ya (...) No hay motivo para que nosotros mantengamos un sistema que nos ha dado peores resultados que en el país de origen". Este comentario nos parece por demás elocuente de la situación planteada ya que refleja el resultado de la práctica de la elección indirecta, tanto en los EE.UU. como en nuestro país. En suma, ese tipo de designación lejos de permitir una expresión genuina de la autonomía de las provincias ha redundado en prácticas sumamente corruptas, en las que se ha mezclado el nepotismo con el favor partidario, entre otras modalidades, las que de ningún modo llevan a un mayor y mejor federalismo.

Con relación a lo expresado en la cita precedente, recordemos que en 1913 la enmienda XVII de la Constitución de los Estados Unidos fijó la elección directa de los senadores, modificando el esquema previsto en el articulado que, en la especie, había servido de modelo para nuestra Ley Fundamental. Al respecto, Sundquist —destacado constitucio*nalista estadounidense—, considera que para ese entonces "el Senado* había variado en dos aspectos trascendentes que hacían a la institución que el constituyente había diseñado. Primero, había dejado de ser —más precisamente, nunca lo había logrado— una suerte de consejo privado del presidente. Segundo, había dejado de ser el instrumento a través del *cual los estados —por provincias— participaban, como Estados, en el* proceso federal de adopción de políticas"[6]. Creemos que estas reflexiones pueden ser fácilmente trasladadas a nuestra realidad. Nuestro autor considera beneficioso el cambio y, en tal sentido, estima que éste posibilitó la emergencia de figuras independientes en la política norteame*ricana, fenómeno que atribuye a la combinación de la elección directa* con el proceso de primarias para la selección de las candidaturas. Por el contrario, enfatiza que con la elección indirecta la designación de los senadores en el interior de las Legislaturas era el resultado de una férrea disciplina manejada por los partidos en favor de los intereses de los go-

(6) SUNDQUIST, JAMES L., *Constitutional reform and effective government*, The Brookings Institute, Washington, D.C., 1986, p. 52 (traducción del autor).

bernadores y de los notables políticos locales de cada uno de los grandes partidos nacionales.

Tampoco en relación con este fenómeno descripto por Sundquist, la realidad argentina puede considerarse ajena. En este sentido, han sido muchos los casos de senadores que sin cumplir los requisitos establecidos en el art. 47, sin embargo lograron que su diploma fuese aceptado por la Cámara. Es de destacar que luego de producida la reforma, durante el período de transición que estaba previsto en las cláusulas transitorias cuarta y quinta, para la cobertura de dos bancas por las Provincias del Chaco y Corrientes, el Senado ejerció directamente la potestad de elegir a los respectivos representantes, en abierta oposición con lo preceptuado en la Constitución[7]. Pensamos que el pronunciamiento directo del electorado permite hacer más transparentes estas cuestiones, y en última instancia dejar la decisión en los representados y no en la de grupos de conmilitones que a través de acuerdos, la mayoría de las veces incomprensibles para los destinatarios del poder, deciden quiénes serán los representantes de cada Provincia en el Congreso Nacional. El aferrarse a posturas federalistas impide ver el fondo de la cuestión, sobre el cual coincidimos con los argumentos citados del constitucionalista estadounidense. Es decir, la pérdida del carácter de Cámara federal que ha experimentado el Senado y las desviaciones derivadas de los procedimientos indirectos, los que en definitiva redundan en la designación de representantes de partidos políticos y no de las autonomías provinciales, sin garantizar en modo alguno la defensa de éstas.

Por otra parte, la necesidad de asegurar una representación diferenciada en lo que a color político respecta, dentro de cada distrito, ha llevado al constituyente reformador a estipular un sistema mayoritario de lista incompleta[8] como fórmula electoral para la asignación de los tres escaños a favor de las dos fuerzas más votadas. De modo tal que el primer partido obtiene los dos tercios de la representación (dos bancas), quedando el tercio restante (una banca) a favor del segundo. Hablamos de partidos ex profeso, pues, para esta categoría de funcionarios, se ha dispuesto que éstos posean el monopolio en materia de candidaturas. De esta manera se le ha dado rango constitucional parcial a una modalidad en materia de candidaturas que hasta el presente sólo estaba prevista en la ley. Como consecuencia de lo antedicho, están excluidos, para la elección de senadores otras formas de designación, tanto a nivel de fórmula de reparto como en el modo de selección de los candidatos.

(7) En el caso "Provincia del Chaco c. Senado de la Nación" (LA LEY, 1998-F, 513), la Corte Suprema convalidó la resolución del Senado que rechazó el diploma de un senador aprobado por las autoridades provinciales y aceptó la incorporación del candidato propuesto por el partido político impugnante.

(8) Sobre el particular consultar el Capítulo IV.

La asignación minoritaria de bancas senatoriales está destinada a evitar los senados "monocolores". Es decir, con una composición que le otorgue una mayoría aplastante a una sola fuerza política. Situación que puede ocurrir como consecuencia del empleo de una fórmula mayoritaria de reparto de los escaños que no admita ningún atenuante. Dado lo cual, siempre el primer partido o alianza electoral en cada distrito, independientemente de cual sea su caudal electoral, se alzará en el Senado con su representación total. Esta situación puede provocar dos efectos peligrosos. Por un lado, si resulta favorecido el partido del presidente, éste encontrará un nuevo canal de acrecentamiento de sus atribuciones; pero, en cambio, si quien se beneficia es la oposición, se presentará una situación riesgosa para la gobernabilidad del sistema. Por otro lado, puede producirse un divorcio excesivo entre las dos Cámaras del Congreso, producto de las excesivas diferencias entre ambas en lo que hace al origen político de sus integrantes. Ello es muy factible de que ocurra como reflejo de las características diametralmente opuestas entre los sistemas electorales utilizados para la integración de cada una de ellas.

Sin embargo, más allá de estas buenas intenciones, la marcha del tiempo pondría de manifiesto en varias provincias situaciones que se opusieron al criterio establecido en la Ley Fundamental y le concedieron al Partido Justicialista los tres senadores en juego. En efecto, esto ocurrió a través de la presentación conjunta de listas del partido mencionado y de desprendimientos de éste bajo otro rótulo, modalidad que se repitió en 2009 a favor del Acuerdo Cívico y Social en la provincia de Corrientes. Dado que luego la elección colocó en primer y segundo lugar a estas alternativas, y así en el Senado se concretó la presencia por esa provincia solo de senadores provenientes de una misma extracción partidaria. No obstante ello la justicia electoral se abstuvo de intervenir y de este modo se concretó un claro alejamiento del texto y del espíritu del artículo en comentario que se apoya en el motivo en que se sustentó su modificación.

Con relación a la interpretación del término partido han surgido problemas para su aplicación, ya que en muchas ocasiones se presentan alianzas algunas veces oficialmente constituidas y otras no. Creemos que debe dársele el sentido más amplio a esta voz considerando que, en realidad, ella tiene por finalidad asegurar un reparto que debe conducir a la instalación en el Senado, por cada uno de los 24 distritos, de dos representantes por la mayoría o primera minoría y el restante por la fuerza que le sigue en número de sufragios. Ello así, deberán considerarse las alianzas aún en aquellos casos en que no hayan sido formalmente crea-

das, ya que de lo contrario se produce un atropello a la voluntad electoral anteponiéndole argumentos meramente procedimentales.

iii) La Cláusula Transitoria Cuarta

La reforma del '94, incluyó la cláusula transitoria cuarta que tuvo por finalidad asegurar el cumplimiento del mandato de los senadores en ejercicio, y como consecuencia de ello organizar un régimen transitorio hasta finales del año dos mil uno, fecha en que finalmente fue posible integrar la totalidad del Senado de acuerdo con las nuevas reglas de elección y duración del mandato que la reforma determinó. La intención de que la minoría de cada distrito se encontrara representada en el Senado lo antes posible y la necesidad de respetar el término de los mandatos surgidos bajo el imperio de la normativa anterior, motivaron la elaboración de diversos mecanismos institucionales que tuvieron una vigencia de más de siete años. La aplicación del sistema resultó muy compleja y se vio acompañado de irregularidades dadas las dificultades resultantes de mantener al mismo tiempo dos procedimientos distintos, cuya aplicación era parcial. Como ya se ha agotado la vigencia de esta cláusula consideramos que no resulta propicio realizar un comentario particular sobre ella. Sirvan las breves observaciones que hemos realizado como antecedente a la hora de emprender una futura reforma constitucional de manera de evitar que se repitan los mismos errores.

iv) Presidencia del Senado

El art. 57 de la Constitución establece que *"El vicepresidente de la Nación será presidente del Senado..."*. De esta disposición surge la función extraórgano que normalmente debe desempeñar el Vicepresidente. Esta es la situación tan particular en que se encuentra el compañero de fórmula del Presidente, quien tiene vocación para presidir la Nación, pero, mientras no se produzcan algunas de las situaciones previstas en el artículo 88, cumple una función en gran medida protocolar. Ello nos lleva a pensar sobre la posibilidad de concederle otro tipo de facultades constitucionales[9].

No obstante el papel que desempeña el vicepresidente, los senadores deben elegir de entre sus miembros a un presidente provisional del cuerpo *"para que lo presida en caso de ausencia del vicepresidente, o cuando éste ejerce las funciones de presidente de la Nación"*, según lo dispone el art. 58.

(9) El tema es objeto de tratamiento en el Capítulo XVI.

3. FACULTADES EXCLUSIVAS DE CADA CÁMARA

Se trata de excepciones al carácter bicameral del Congreso que sienta el principio general según el cual todos los actos del Congreso para ser válidos requieren de la expresión de la voluntad de ambas Cámaras, manifestada de manera separada por parte de cada una de ellas. Esta es una característica que debe estar necesariamente presente al momento de legislar que es la competencia fundamental del Poder Legislativo. También excepcionalmente el Congreso decide en asamblea, es decir con la reunión conjunta de las dos Cámaras en una misma sesión, tal como ocurre en caso de acefalía permanente del Poder Ejecutivo.

a) Facultades exclusivas del Senado

En el marco del juicio político, al Senado le toca la etapa de juzgamiento propiamente dicha, una vez que le es elevada la acusación elaborada por la Cámara de Diputados. Se trata del ejercicio excepcional de facultades jurisdiccionales en aras de ejercer control sobre los funcionarios de los poderes Ejecutivo y Judicial contemplados en el art. 53 de la Ley Fundamental En lo que hace a magistrados, la reforma limitó la actuación del Congreso exclusivamente para el juzgamiento de los miembros de la Corte Suprema de Justicia, ya que los jueces de los tribunales federales inferiores pueden ser objeto de juicio político dentro de la competencia del Consejo de la Magistratura y del Jurado de Enjuiciamiento (arts. 114 y 115 de la Constitución).

La actuación del Congreso en esta materia sólo puede provocar la destitución del acusado y eventualmente su inhabilitación para ocupar cargos públicos en el futuro. Sin embargo, quien resulte condenado, quedará sujeto *"a acusación, juicio y castigo conforme a las leyes de los tribunales ordinarios"* (art. 60 CN).

Corresponden también al Senado de manera exclusiva determinadas funciones de colaboración con el Poder Ejecutivo, prestando acuerdos para el nombramiento de magistrados (art. 99, inc. 4º), la designación de miembros del servicio exterior y oficiales superiores de las fuerzas armadas (art. 99, incs. 7º y 13). También tiene la facultad de autorizar al Presidente para que declare el estado de sitio, en caso de ataque exterior, en uno o más puntos del territorio nacional (art. 61). El acuerdo del Senado en materia de designaciones de funcionarios públicos es una modalidad que como hemos visto en el Capítulo XIII ha tenido una gran ampliación en el derecho constitucional estadounidense. En nuestro derecho público esta tendencia se va consolidando tímidamente. Por ejemplo los miembros del Directorio del Banco Central deben ser designados por el

Presidente de la Nación con el acuerdo del Senado conforme lo establece la ley 24.144 (Carta orgánica del BCRA).

Privilegio de iniciativa. El Senado es Cámara de origen, luego de la reforma de 1994, en la ley-convenio sobre coparticipación federal de impuestos, conforme lo dispone el art. 75, inc. 2º, CN, lo cual constituye una excepción en materia de leyes impositivas[10]. Además, le corresponde a la Cámara Alta la iniciativa para el ejercicio de las facultades conferidas por el inc. 19 del art. 75 CN respecto de las políticas de crecimiento armónico de la Nación y las que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones[11]. Ahora bien, estas disposiciones deben ser interpretadas de manera conjunta con sus concordantes del art. 52 CN, que le conceden el privilegio de iniciativa a la Cámara de Diputados en materias afines.

b) Facultades exclusivas de la Cámara de Diputados

A la Cámara de Diputados le cabe la potestad acusatoria en el juicio político —como ya dijimos—, la que puede ser ejercitada sobre los funcionarios que se contemplan en el art. 53.

Privilegio de iniciativa. Históricamente, la Cámara Baja tiene actuación originaria en materia de impuestos y de reclutamiento de tropas. Así lo dispone el art. 52 de la Ley Suprema, que mantiene las previsiones del anterior art. 44. A estas dos excepciones, la reforma agregó la del tratamiento originario de los proyectos de ley derivados de la iniciativa popular (art. 39) y la de someter a consulta popular un proyecto de ley (art. 40).

4. PRIVILEGIOS PARLAMENTARIOS

Se denominan privilegios parlamentarios a las prerrogativas e inmunidades que acuerda la ley suprema a las Cámaras del Congreso, como cuerpos corporativos, y a sus integrantes, considerados individualmente. Como se desprende de lo dicho, los privilegios son de dos categorías:

(10) El art. 52 establece que corresponde exclusivamente a la Cámara de Diputados la iniciativa de las leyes impositivas.

(11) Es de mencionar que el *Consejo para la Consolidación de la Democracia* en sus dictámenes le daba al Senado un nuevo rol, con el objetivo de convertirlo en el efectivo reaseguro del sistema federal. La Cámara Alta debía perder su calidad de iniciadora en materia legislativa que como principio general se le otorgaba a Diputados, conservando su papel de revisora solamente. La situación se revertía cuando se trataba de proyectos de ley en que podrían estar involucrados temas de índole federal.

colectivos (arts. 64, 66 y 71) e *individuales* (arts. 68, 69 y 70), ya sea que hayan sido consagrados a favor de cada Cámara, como poder político, o de cada uno de sus miembros en su función personal como legisladores, pero siempre con el objeto de asegurar su independencia y el libre funcionamiento del Congreso. A continuación trataremos cada uno de estos privilegios de manera particular.

a) Privilegios colectivos

i) Juicio de las elecciones, derechos y títulos de los legisladores

La legitimidad de la incorporación al cuerpo legislativo (art. 64 de la Constitución) alude a uno de los denominados privilegios colectivos de cada Cámara. Es decir, a competencias privativas que cada una de ellas ejerce de modo separado. El juicio de las elecciones, derechos y títulos de los legisladores, o del diploma para acceder al cargo, implica para cada Cámara la potestad de revisar el cumplimiento de los aspectos formales que hacen a la designación de cada uno de sus integrantes, como por ejemplo los requisitos exigidos para el cargo en la misma Constitución. Los pasos previos relativos a la elección en sí son de la competencia de la justicia electoral, no obstante lo cual el examen del título incluye la verificación de lo acontecido en esta sede.

El criterio adoptado por la Constitución Nacional en la materia nos recuerdan Giunta y Cueto, dos estudiosos de los aspectos parlamentarios, está siendo revisado por la doctrina. "Quienes defienden esta posición de privilegio se apoyan en el argumento de no intervención de otros poderes en temas específicos del Poder Legislativo. Quienes lo cuestionan se apoyan en el argumento de que no se puede ser juez y parte al mismo tiempo. Además, en casos de Cámaras con mayorías muy marcadas, sostienen, pueden presentarse situaciones en las que se use el privilegio para hostigar a la oposición". Los nombrados mencionan tres alternativas posibles de solución: "a) que las Cámaras mantengan esa potestad; b) que la deriven en un tribunal judicial (esta es la fórmula que adopta la Constitución española de 1978); y c) que se le asigne la facultad a un tribunal mixto compuesto por jueces y legisladores"[12]. Los autores se inclinan por esta última posibilidad, en base a argumentos que consideramos muy sólidos y que compartimos.

La Corte Suprema ha considerado tradicionalmente a esta competencia de las Cámaras como "cuestión no justiciable". Sin embargo, en

(12) GIUNTA, M. L. y CUETO, W. J., *La reforma legislativa*, I.A.E.C y P., Depalma, Buenos Aires, 1991, ps. 83 y 84.

el fallo "Bussi, Antonio D. C. Cámara de Diputados de la Nación"(13), el Máximo Tribunal modificó su criterio al revisar en instancia extraordinaria la decisión de la Cámara de Diputados de no incorporar al cuerpo a un candidato electo, por motivos de orden ético. Sostuvo que, "planteada una causa, no hay otro poder por encima de esta Corte, para resolver *acerca de la existencia y los límites de las atribuciones constitucionales* otorgadas a los departamentos Legislativo o Ejecutivo, y del deslinde de atribuciones de estos entre sí y con respecto a las provincias, sin que tal tema constituya una cuestión política". Esto último, en el sentido de que *se la pueda sustraer del conocimiento de la CS, quien es el intérprete* final de la Constitución.

En una sentencia posterior, recaída en la misma causa(14), el Máximo Tribunal interpretó el alcance de la facultad de las Cámaras contenida en el art. 64 de la Constitución.

Si bien la cuestión había devenido abstracta, el pronunciamiento atiende al interés institucional que ella reviste, ya que subsiste al momento de su dictado en dos aspectos: a) el resguardo de la soberanía del pueblo y la expresión de su voluntad, la cual se encuentra comprometida en el caso; b) la posibilidad de repetición del acto, lo que justifica una decisión esclarecedora

El voto de la mayoría establece la regla según la cual la facultad de referencia *"sólo puede referirse a la revisión de la legalidad de los títulos de los diputados electos y la autenticidad de los diplomas, esto es, si fueron regularmente emitidos por la autoridad competente"*(15).

Seguidamente, establece que dicha interpretación es coherente con el art. 66 de la Constitución, que fija la competencia de la Cámara para dictar su reglamento, estableciendo *"que puede remover a sus miembros por inhabilidad física o moral sobreviviente"*(16). Por lo tanto, no existiría habilitación constitucional para examinar la habilidad moral anterior a la elección. Además, ésta no constituye un requisito para acceder al cargo electivo de que se trata.

A la luz de los principios constitucionales en juego, la Corte sostiene: *"la Cámara, como juez, no puede agregar nuevos requerimientos que la Constitución no contempla"*(17), reafirmando *"la fundamental importancia de respetar el sentido de la elección popular, impidiendo paralelamente el establecimiento ex post facto de 'requisitos' no contemplados en ninguna reglamentación"*(18).

(13) CSJN, Fallos: 324:3358.
(14) LA LEY, 2007-E, 33.
(15) Ver considerando 6°.
(16) Idem.
(17) Ver considerando 7°.

En el caso "Patti"(19), la Corte Suprema considera que se verifica una situación análoga y falla remitiendo a su sentencia dictada en el caso precedente, con lo cual se consolida su doctrina sobre el alcance de la competencia regulada por el art. 64 de la Constitución. Saludamos con beneplácito estas dos sentencias de nuestro Máximo Tribunal ya que afirman la doctrina conforme a la cual todas las relaciones susceptibles de afectar derechos o instituciones, en caso de conflicto deben ser objeto de revisión judicial. Así se estrecha el alcance de la doctrina de las denominadas "cuestiones políticas no justiciables", la que ha servido para impedir el acaecimiento de los controles permitiendo la permanencia de situaciones reñidas abiertamente con lo preceptuado en el articulado constitucional.

ii) Poder reglamentario

A partir del dictado de su propio reglamento cada Cámara completa el contenido del derecho parlamentario que en sus bases contempla la Constitución (art. 66). Se trata del establecimiento de reglas que hacen a la Constitución, los privilegios y el funcionamiento de los cuerpos legislativos, en nuestro caso, del Congreso.

El reglamento también regula las potestades disciplinarias de cada Cámara, a cuyo fin estipula el tipo de actos que pueden ser objeto de sanciones y las características y tipología que éstas pueden presentar.

Finalmente, los reglamentos de las Cámaras presentan un abanico de variantes de texto para el juramento, acto mediante el cual se concreta la incorporación del legislador a la Cámara para la cual ha sido designado. La elección al respecto queda sujeta a la decisión de los representantes; lo importante es que siempre se exprese la finalidad de comportarse de acuerdo con lo establecido en la Ley Fundamental.

iii) Poder disciplinario

Las potestades disciplinarias que cada Cámara ejerce sobre sus miembros están previstas en el art. 66 de la Constitución. Según el texto de la norma, estas facultades son: de *corrección* —por desorden de conducta en el ejercicio de la función—; de *remoción* —en caso de inhabilidad física o moral sobreviniente— y de *exclusión*. El tipo de actos que

(18) Ver considerando 8°.
(19) LA LEY, 2008/04/23, p. 10.

pueden ser objeto de sanciones y las características y tipología que éstas pueden presentar surge de lo que al respecto estipula el reglamento de cada Cámara. Para la adopción de estas medidas la Constitución requiere los dos tercios de votos.

Finalmente, para la aceptación de *"las renuncias que voluntariamente hicieren de sus cargos... "*, el art. 66 exige la mayoría de uno sobre la mitad de los legisladores presentes.

iv) Pedidos de informes a los ministros

Se trata de una característica particular de nuestro presidencialismo en relación con el modelo estadounidense. Así, el art. 71 de la Ley Suprema les concede a las Cámaras la potestad de *"hacer venir a su sala a los ministros del Poder Ejecutivo para recibir las explicaciones e informes que estime convenientes"*. Estamos precisamente frente a uno de los institutos constitucionales que alejan a nuestro presidencialismo del modelo estadounidense que nos ha servido de base. Esta facultad que tienen las Cámaras de hacer venir a los ministros a su recinto se conoce con el nombre de *interpelación*. Ella se inspira en el instituto del mismo nombre propio del parlamentarismo. Sin embargo le falta algo esencial que sí presenta este último, que es la posibilidad para la Cámara de provocar la remoción del ministro en cuestión. En la actualidad, la moción de censura prevista exclusivamente para el jefe de gabinete viene a llenar parcialmente este hueco. Matienzo le daba tanta importancia al rol de los ministros que sostuvo que "si los políticos argentinos estudiaran un poco más la naturaleza del Poder Ejecutivo y los antecedentes históricos a que responde la institución ministerial, pienso que acabarían por convencerse de que no se consolidará el gobierno constitucional en nuestro país mientras no se devuelva a los ministros lo que la Constitución les ha dado: personalidad propia y responsabilidad efectiva. Sólo así tendremos Ejecutivos respetables por las luces y prestigios de sus ministros, que los habilitarán para servir cumplidamente los intereses públicos" (20).

b) Privilegios individuales

El texto constitucional define los llamados privilegios individuales en los arts. 68, 69 y 70. Son ellos las inmunidades de opinión y de arresto o de jurisdicción penal. La protección que por esta vía reciben los legisladores no debe ser entendida como de tipo personal sino que ella apunta

(20) MATIENZO, JOSÉ NICOLÁS, *El gobierno representativo federal en al Argentina*, Capítulo IX, *in fine*.

exclusivamente a la defensa de la función legislativa que aquéllos cumplen. Con ello se trata de evitar que puedan ser objeto de presiones que les impidan desempeñar libremente su cargo en detrimento de la representación que ostentan.

Ha sostenido la Corte Suprema desde sus inicios que *"La Constitución no ha buscado garantir a los miembros del Congreso con una inmunidad que tenga objetos personales, ni por razones del individuo mismo a quien hace inmune. Son altos fines políticos, los que se ha propuesto; y si ha considerado esencial esa inmunidad, es precisamente para asegurar no sólo la independencia de los poderes públicos entre sí, sino la existencia misma de las autoridades creadas por la Constitución"* (21).

i) Inmunidad de opinión

La inmunidad de opinión puede ser comprometida tanto por actos provenientes de órganos públicos como de particulares. La prohibición contempla la protección de toda expresión en sesiones de las Cámaras, reuniones de comisión o con motivo de redactar un proyecto de ley, la emisión de sus votos en la Cámara y la publicación de su opinión por la prensa (art. 68). Pero, no comprende las expresiones u opiniones vertidas por los legisladores fuera del desempeño de sus funciones.

La Corte Suprema se ha pronunciado desde sus primeros fallos respecto del sentido amplio y absoluto con que debe interpretase la inmunidad de opinión *"pues si hubiera un medio de violarla impunemente se lo emplearía con frecuencia por los que intentasen coartar la libertad de los legisladores, dejando burlado su privilegio, y frustrada la Constitución en una de sus más sustanciales disposiciones"* (22).

ii) Inmunidad de arresto

Según el precepto constitucional contenido en el art. 69, la regla es que ningún miembro del Congreso puede ser arrestado desde el día de su elección hasta el de su cese. La excepción se refiere a que haya sido sorprendido *in fraganti* en la ejecución de algún crimen que merezca pena de muerte, infamante u otra aflictiva. En este caso, se debe dar cuenta a la Cámara respectiva con la información sumaria del hecho.

La inmunidad parlamentaria rige aun durante el estado de sitio. Según la Corte Suprema, el arresto de los miembros del Congreso no entra

(21) Ver "Alem, Leandro N. y Candioti, Mariano N.", 1893/12/15, Fallos: 54:432.
(22) Ver "Calvette", Fallos: 1:297.

dentro de las facultades conferidas por el art. 23 de la Constitución al Presidente ya que, según el Máximo Tribunal, el ejercicio discrecional de esta facultad sobre los miembros del Congreso puede alterar el resultado de las decisiones parlamentarias, por la calculada modificación de las mayorías, o impedir en absoluto el funcionamiento del Poder Legislativo[23].

Cabe diferenciar entre inmunidad de arresto e inmunidad de proceso, pues las acciones en contra de un legislador pueden iniciarse, siempre y cuando no se afecte la libertad ambulatoria. Ha dicho la Corte al respecto que *"Los artículos 61 y 62 de la Constitución (actuales 69 y 70) no se oponen a la iniciación de acciones criminales contra un miembro del Honorable Congreso que no tuvieran origen en sus opiniones como legislador, ni que se adelanten los procedimientos de los respectivos juicios mientras no se afecte su libertad personal, esto es, mientras no se dicte orden de arresto o prisión, ya sea ésta preventiva o de carácter definitivo"*[24].

Si bien este privilegio acompaña al legislador durante todo el tiempo que dure su mandato, ello no impide que pueda perderlo. Pero, acá aparece uno de los privilegios colectivos de la Cámara, vinculado con el poder disciplinario que ella ejerce sobre sus miembros. Tal el motivo por el cual sólo ella puede allanarle el camino a la justicia levantando la inmunidad de arresto a través de un instituto del que se ocupa el art. 70 y que se conoce con el nombre de desafuero.

iii) Desafuero. Procedimiento. Régimen de la ley 25.320

El desafuero puede ser solicitado por un juez a cualquiera de las Cámaras cuando alguno de sus miembros se encontrara incurso en algún delito, a efectos de que se pronuncie con la mayoría calificada de dos tercios de votos, según dispone el art. 70 de la Constitución. Si lo hiciera de modo afirmativo, podrá proseguir con el proceso penal en contra del imputado.

La ley 25.320 determina el régimen de inmunidades para legisladores, funcionarios y magistrados. Con relación a los primeros, la norma tiene por objeto limitar la desmesurada aplicación que se le había dado a la inmunidad de arresto, hasta desnaturalizar su misma razón de ser y convertirla en una suerte de salvoconducto para la impunidad, en lugar de una herramienta para la protección de la función legislativa. Se trata

(23) Ver "Alem", ya citado.
(24) Ver "Parry, Roberto y Rodolfo c. Repetto, Nicolás", Fallos: 139:67.

de lograr el modo de no entorpecer la prosecución de un proceso penal al que pueda estar sujeto un legislador, brindándole al juez competente la posibilidad de llevar a cabo la mayor cantidad de medidas posibles, antes del dictado del desafuero por parte de la Cámara a la que pertenezca el imputado. Así, el art. 1º de la norma dispone que en estos casos el magistrado que *"abra una causas penal en la que se impute la comisión de un delito a un legislador (...) sujeto a desafuero, remoción o juicio político, el tribunal competente seguirá adelante con el procedimiento judicial hasta su total conclusión"*.

A pesar de que esta ley implica un avance en la materia, quedan muy condicionadas la posibilidad de llevar a cabo una indagatoria y por supuesto la prisión preventiva. Claro que el establecimiento de plazos perentorios para que las Cámaras traten los pedidos de desafuero constituye un acierto en este campo.

5. INCOMPATIBILIDADES PARLAMENTARIAS

La Constitución establece en sus arts. 72 y 73 las prohibiciones que rigen respecto de los legisladores para el desempeño de otros cargos, con la finalidad de asegurar la independencia del Poder Legislativo en sus relaciones con los otros poderes. A continuación examinaremos los distintos supuestos previstos por las cláusulas mencionadas.

a) Funciones ejecutivas

La condición de legislador le impide a quien se desempeñe en dicho cargo "recibir empleo o comisión del Poder Ejecutivo", ello, "sin previo consentimiento de la Cámara respectiva, excepto los empleos de escala", según lo dispone el art. 72. Esta regla es un sucedáneo del principio de separación tajante que debe imperar en el presidencialismo entre los poderes políticos del Estado, a diferencia del parlamentarismo, en el cual rige la colaboración entre dichos poderes, tanto por el modo como se celebran los actos de gobierno, como así también por el hecho de que los ministros deben ser al mismo tiempo parlamentarios. De la simple lectura de la disposición no queda claro si el permiso es concedido con o sin retención del escaño que el legislador en cuestión ocupa. La falta de principios claros al respecto y la enorme disparidad de criterios que en la historia se han aplicado frente a los casos concretos que se han ido presentando aconseja la reglamentación de la cuestión, en la cual se debería fijar un régimen uniforme que establezca reglas claras tanto en relación con el ejercicio de funciones en el gobierno nacional como así también en el cumplimiento de comisiones en las provincias.

b) Eclesiásticos y gobernadores de Provincia

Por último el art. 73 CN estipula la prohibición de desempeñarse como legislador para dos categorías de personas. En lo que hace a los eclesiásticos se ha entendido que comprende a aquellos que integran el clero regular por su pertenencia a una orden religiosa, lo que no ocurre en cambio con el clero seglar. La incapacidad de los gobernadores resguarda el sistema federal, evitando la superposición de funciones en los dos niveles de gobierno que el mismo prevé, nacional y provincial. Si bien el artículo constitucional limita la prohibición a la representación de la provincia que se gobierna, se ha considerado que la incapacidad es extensiva a la de las restantes, dado que en una u otra situación se plantea la misma incompatibilidad.

6. Organización y funcionamiento del Congreso. El derecho parlamentario

El derecho parlamentario es la rama del derecho constitucional que regula el funcionamiento propio de las Cámaras, el ejercicio de sus facultades privativas y la situación del legislador. Algunas de estas cuestiones han sido ya analizadas en los parágrafos anteriores. Seguidamente, nos referiremos a temas relacionados con la constitución de las Cámaras y su funcionamiento, tales como el *quórum* y las votaciones; las sesiones parlamentarias y las comisiones.

Bidegain nos recuerda que "nuestro derecho parlamentario y de la mayoría de los Estados que tienen una legislatura reconocen su ascendencia en el Parlamento inglés, donde empezó su existencia hace la friolera de unos siete siglos. De él toma su denominación, aceptada aun para gobiernos que, como el nuestro, no es parlamentario sino presidencial, como prefería llamarlo Woodrow Wilson, congresional". Este autor distingue dos partes en este campo jurídico, "una de preceptiva constitucional o sustancial, y otra reglamentaria, procesal o adjetiva". Luego precisa el contenido de cada una de ellas, sostiene que "la primera parte se aplica al estudio profundizado de una porción del derecho constitucional, la relativa a los arts. 44 a 86 de la Constitución, más sus pertinentes conexiones con toda la normativa de ese documento. Se ocupa de la estructura, organización y facultades políticas y normativas del Congreso. (...) La otra parte, (...) estudia los reglamentos de las Cámaras del Congreso, las normas, costumbres, prácticas y tradiciones que rigen su funcionamiento..." (25).

(25) BIDEGAIN, CARLOS MARÍA, *Algunas Sabias Reflexiones del Congreso*, en: JORGE H. GENTILE (compilador), *El Poder Legislativo*, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Buenos Aires, 2008, p. 28.

a) Quórum y votaciones

Se denomina q*uórum* el número de miembros necesario para que los cuerpos legislativos puedan entrar en sesión y votar válidamente. Es decir, una condición esencial para que pueda expresarse la voluntad de un órgano que es colegiado. La Constitución ha fijado dicho número en la mayoría absoluta de los integrantes de cada una de las Cámaras (art. 64). Si bien se entiende por "mayoría absoluta" a la mitad más uno, resulta válido interpretar que la "mayoría absoluta" de los miembros de una Cámara es "más de la mitad", en especial cuando se trata de un cuerpo integrado por un número impar de legisladores. Sin embargo, no existe uniformidad de criterio a seguir, tanto en la doctrina como en la reglamentación interna de los cuerpos legislativos (26), para establecer qué se entiende por "mayoría absoluta".

El *quórum* exigido para abrir las sesiones, así como para votar, debe distinguirse de las mayorías requeridas por el texto constitucional según la materia de que se trate. Veamos a continuación algunos ejemplos:

Mayoría absoluta: Es igual a la mitad más uno y, por regla general, basta con la mayoría de los miembros presentes para sancionar válidamente un proyecto de ley (p. ej., arts. 66 y 81). En algunos casos, la Constitución exige que esa mayoría se compute sobre la totalidad de los miembros de cada Cámara (p. ej., arts. 39 y 40).

La mayoría absoluta se diferencia de la mayoría simple, en que ésta no requiere más de la mitad de los votos emitidos, sino que basta con una cantidad que supere a las otras cifras alcanzadas.

Mayoría de dos tercios: Esta mayoría agravada —o calificada— admite la posibilidad de computarse sobre la totalidad de los miembros de cada Cámara o sólo sobre los miembros presentes. Así, el procedimiento establecido por el art. 75, inc. 22 con relación a los tratados sobre derechos humanos —para su denuncia u otorgamiento de rango constitucional— exige los dos tercios de votos; por su parte, la prescripción del art. 30 para declarar la necesidad de la reforma de la Constitución requiere la misma cifra. Se ha discutido en doctrina si la mayoría exigida por esta norma debe computarse sobre la totalidad de los miembros de cada Cámara o sólo sobre los presentes. Creemos que la primera tesis es la correcta, pues tal como veremos a continuación, el texto constitucional menciona expresamente cuándo la cifra debe computarse sobre los

(26) *El Reglamento de la Cámara de Senadores* prescribe en su art. 16 que "la mayoría absoluta del número constitucional de senadores hará Cámara". A su vez el *Reglamento de la Cámara de Diputados* dispone que debe entenderse por mayoría absoluta, a los fines de formar quórum legal, cuando los miembros presentes superen a los ausentes (art. 15).

miembros presentes[27]. En este sentido, la Ley Fundamental exige esta mayoría especial de las dos terceras partes de los miembros de una Cámara, pero, computados sobre los miembros presentes, para supuestos tales como la designación y remoción del Defensor del Pueblo (art. 86) o para que el Senado juzgue en juicio político (art. 59). En consecuencia, para aquellos supuestos en que no existe pronunciamiento expreso, la cantidad de votos exigida debe computarse sobre el total de integrantes de cada Cámara.

Derecho de la minoría en caso de falta de quórum. Si bien el art. 64 de la Constitución dispone que ninguna de las Cámaras puede entrar en sesión sin la mayoría absoluta de sus miembros, el mismo artículo prescribe en su última parte que *"...un número menor podrá compeler a los miembros ausentes a que concurran a las sesiones..."*, dejando a la reglamentación interna de las Cámaras en qué términos y bajo qué penas la minoría ejercerá el derecho que le confiere la norma[28]. Por lo general, la publicación de los nombres de los ausentes por la prensa, la multa, los descuentos en las dietas y aún la comparecencia por la fuerza pública, son medidas que se aplican para obligar a los inasistentes a concurrir al recinto.

Según Gelli, tales medidas no pueden aplicarse para iniciar sesiones, ni tampoco votar y decidir sin respetar las minorías constitucionalmente exigidas[29].

b) Sesiones

Se denominan sesiones a las reuniones en pleno que realizan las Cámaras del Congreso. El art. 63 CN expresa: *"Ambas Cámaras de reunirán por sí mismas en sesiones ordinarias todos los años desde el primero de marzo hasta el treinta de noviembre. Pueden también ser convocadas extraordinariamente por el presidente de la Nación o prorrogadas sus sesiones"*. Por lo tanto, el Congreso celebra, de acuerdo con la disposición constitucional, tres tipos de sesiones: ordinarias, extraordinarias y de prórroga. Las sesiones preparatorias no surgen del texto de la Constitución, sino que están previstas en los reglamentos de cada Cámara. A continuación, nos referiremos a cada una de ellas en particular.

(27) En ocasión de la reforma constitucional de 1949, se interpretó que los dos tercios exigidos por el art. 30 debían computarse sobre los miembros presentes en la sesión. Finalmente, la ley contó con esa mayoría para su aprobación. Tal vicio de procedimiento motivó la impugnación de la convocatoria y el retiro de los constituyentes de la oposición. Conf. SABSAY, DANIEL A. y ONAINDIA, JOSÉ M., *La Constitución de los Argentinos*, 7ª ed., Errepar, Buenos Aires, 2009, p. 86.

(28) *El Reglamento de la Cámara de Senadores* dispone la citación de los miembros ausentes a través de la prensa, la aplicación de multa o la comparecencia por la fuerza pública (arts. 27 y 28). Por su parte el *Reglamento de la Cámara de Diputados* prevé la publicidad de la nómina de los ausentes y, para el caso de inasistencia reiterada, deja a criterio de la minoría acordar los medios de compulsión respecto de los inasistentes (art.27).

(29) GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, La Ley, Buenos Aires, 2004.

i) Clases y duración

Sesiones Preparatorias: No están previstas en la Constitución sino en los reglamentos internos de las Cámaras[30]. En las fechas allí fijadas, cada Cámara se reúne con el fin incorporar a los nuevos legisladores y expedirse sobre los diplomas respectivos, proceder a la elección de sus autoridades y establecer días y horas para las sesiones ordinarias.

Sesiones Ordinarias: La reforma de 1994 ha extendido a nueve meses el período anual ordinario para la labor parlamentaria. A través de esta importante modificación se concreta una aspiración que había sido señalada desde larga data por toda la doctrina especializada. El lapso reducido que disponía la anterior redacción[31] se fundaba principalmente en dos razones. Una, era el problema que se derivaba de los primitivos medios de transporte y las enormes distancias que hacían muy complicado el traslado a la Capital de los legisladores del interior. La otra era la resultante de un proceso de toma de decisiones que exigía una labor legislativa muchísimo más reducida que la que es necesaria en los tiempos actuales. Esto último también como resultado de una actuación estatal mucho menor que la que en la actualidad llevan a cabo los gobiernos.

Un segundo punto a considerar antes de la reforma de 1994, consistía en saber a quien le correspondía la facultad de convocar a las Cámaras del Congreso para iniciar el período legislativo. De la lectura del nuevo artículo no queda duda que son ellas quienes se autoconvocan todos los primeros de marzo a sesiones ordinarias. Si bien el Presidente mantiene la atribución de abrir formalmente el período anual ordinario a los fines de informar al Poder Legislativo del estado de la Nación (art. 99, inc. 8), el ejercicio de dicha facultad no podría obstaculizar el funcionamiento del Congreso, pues, son las Cámaras las que tienen la potestad de reunirse por sí mismas para el inicio de sus sesiones.

Sesiones Extraordinarias: Son las sesiones que llevan a cabo las Cámaras, una vez concluido el período legislativo anual y en el caso de

(30) Ver arts. 1° a 9°, *Reglamento de la Cámara de Diputados* y arts. 1° a 13, *Reglamento de la Cámara de Senadores.*

(31) El anterior art. 55 establecía desde el 1° de abril hasta el 30 de noviembre el período de sesiones ordinarias.

que las sesiones ordinarias no hayan sido prorrogadas. La convocatoria a extraordinarias es una facultad privativa del Presidente de la Nación. Según el art. 99, inc. 1 de la Constitución, el ejercicio de esta atribución requiere la existencia de *"...un grave interés de orden o de progreso..."* Como se trata de una facultad de carácter discrecional, sólo al Ejecutivo le corresponde evaluar cuándo se dan las circunstancias definidas de manera general por la norma mencionada. El Congreso se halla limitado a tratar los temas propuestos por el Presidente durante el plazo establecido en la convocatoria, o bien, hasta concluir su tratamiento, de no existir plazo expreso fijado por el Ejecutivo.

Sesiones de prórroga: La prórroga de las sesiones ordinarias sigue prestándose a controversias luego de la reforma de 1994 en cuanto a quién corresponde la facultad de convocatoria. Ahora pareciera verse reforzada la postura que considera que también ésta es una potestad presidencial, dado que en la nueva redacción se ha sacado la coma que existía a continuación de Presidente de la Nación en el ex artículo 55. Hubiera sido importante la atribución al Congreso tanto de la prórroga de las sesiones ordinarias como de la convocatoria a sesiones extraordinarias. Ello hubiese redundado en la jerarquización del Poder Legislativo e inclusive en el fortalecimiento de su tan necesaria independencia del Poder Ejecutivo.

Sin embargo, creemos que el Congreso puede proceder a extender el período de extensión de las sesiones ordinarias cuando considera que han quedado temas de suma importancia para el interés del desenvolvimiento de la Nación sin haberse podido tratar.

Subsisten las opiniones encontradas en torno a la facultad o no del Congreso de autoconvocarse durante el período de receso. Nuestra interpretación se apoya ante todo en la consideración de que el Poder Legislativo es un órgano permanente, del mismo modo que lo son el Ejecutivo y Judicial. Entender lo contrario, sería desmerecer la jerarquía que a él le corresponde generando una situación de desigualdad frente a los otros. Dejar exclusivamente en manos del Ejecutivo tan importante potestad, es una manera de subordinar al primero a la voluntad de este último. Posición que no puede sino generar un elemento más tendiente a su debilitamiento. Además, consideramos que como consecuencia de su necesaria permanencia, esta facultad se desprende de los poderes implícitos que el Congreso posee por imperio de la Constitución (art. 75, inc. 32).

Por último, con la reforma del 94 y la presencia por primera vez de una Comisión Bicameral Permanente de Control de los DNU y demás potestades legislativas del Presidente de la Nación (art. 99, inc. 3), nuestra afirmación se apoya en una razón más. Ella es la necesidad de que el

Congreso pueda reunirse en todo momento para controlar el ejercicio de esa potestad excepcional, ya que como principio general le está prohibido su ejercicio al Ejecutivo.

ii) Simultaneidad

El art. 65 pone de manifiesto el carácter complejo de los actos que dicta el Congreso, salvo contadísimas excepciones, cuando regula que *"ambas cámaras empiezan y concluyen sus sesiones simultáneamente..."*. La voluntad del Poder Legislativo en la formación y sanción de las leyes no se perfecciona sino con la intervención de ambas Cámaras y en consecuencia no es admisible que una de ellas pueda sesionar sin que la otra también lo haga. De ahí el principio general que determina esta disposición, con la excepción que ella misma prescribe: *"...Ninguna de ellas, mientras se hallen reunidas, podrá suspender sus sesiones más de tres días, sin el consentimiento de la otra"*.

iii) Comisiones

Las comisiones internas que poseen cada una de las Cámaras de acuerdo a lo establecido en sus respectivos reglamentos permiten que el trabajo legislativo se divida por temas, a los fines de crear una especialización en el trabajo parlamentario. Los legisladores, en función de sus respectivas profesiones, actividades o intereses, integran una o más comisiones. Los aspectos procedimentales que hacen al funcionamiento, al número y a la incorporación de miembros están determinados en los reglamentos de las Cámaras. En la realidad, es en el interior de los bloques partidarios donde se decide en qué comisión actuará cada uno de sus integrantes, como, asimismo, quiénes se desempeñarán en calidad de autoridades de ellas.

Haro, quien ha estudiado en profundidad esta temática, se manifiesta partidario de *"la redimensión y fortalecimiento de las llamadas Comisiones Internas o Legislativas (...), ellas vienen a constituirse —junto a los bloques legislativos y las comisiones de labor parlamentaria— en órganos insustituibles e indispensables para el correcto desarrollo de la función parlamentaria, y a manera de retroalimentación y oxigenación del sistema, como auténticos pulmones del Congreso..."*. Para este especialista este tema constituye *"uno de los tópicos que estimamos de capital importancia (...) en el proceso de cuestionamiento funcional del Organo legislativo del Estado...."*, recordando que: *"ya en 1941, la Comisión designada por la Asociación Americana de Ciencia Política, para el estudio del Congreso de los EE.UU., sostenía en su informe final, que el sistema de comisiones*

no se encuentra adecuadamente organizado a los fines del control de la administración o de la formulación de la política legislativa, y que, con pocas excepciones, el Congreso no ha adoptado las medidas necesarias para perfeccionar sus medios de asesoramiento y estudio" (32).

Esta tendencia se ha visto reforzada por el reconocimiento constitucional del rol de las comisiones en tanto actores del proceso legislativo sustantivo. La Constitución italiana representa el modelo en la materia. Su art. 72 les permite a las Cámaras que a través de sus reglamentos puedan establecer *"en qué casos y formas el examen y la aprobación de los proyectos de ley deben ser referidos a Comisiones, compuestas de modo que reflejen la proporción de los grupos parlamentarios. Aún en tales casos, y hasta el momento de su aprobación definitiva, el proyecto de ley será remitido a la Cámara, si el Gobierno o una décima parte de los componentes de la Cámara o una quinta parte de la Comisión requieren que sea discutido o votado por la Cámara misma o que sea sometido a su aprobación final por votación nominal"*. Una solución similar fue propiciada en la modificación propuesta al ex art. 69 en la enmienda de 1972 y por el Consejo para la Consolidación de la Democracia (33).

El constituyente provincial también ha adoptado este temperamento. En varias de las nuevas Constituciones se contempla la sanción de leyes por las comisiones internas, por ejemplo, en las de Santiago del Estero (art. 139) y de San Juan (art. 165).

La solución contenida en la reforma se ubica en un punto intermedio. Ello en razón de que como principio general las Cámaras retienen la facultad de aprobar los proyectos en general, sólo pueden delegar en las comisiones la "aprobación en particular", consistiendo una facultad privativa de ellas considerar en qué casos esta modalidad resulta pertinente. Por otra parte, se determina que la Cámara puede recuperar la facultad delegada en las comisiones y retomar el tratamiento del proyecto en cuestión conforme al trámite ordinario.

Pensamos que, si bien el constituyente no se pronuncia al respecto, los reglamentos de las Cámaras deben incluir esta cuestión a fines de conferir mayor seguridad en varios puntos sobre los cuales esta cláusula nada dice. En abril de 1998, a casi cuatro años de su incorporación a la Constitución, el Senado de la Nación inauguró el procedimiento de sanción de leyes en particular por parte de las comisiones. En efecto, a la comisión de Legislación General de la mencionada Cámara le fue girada la cuestión y aprobó en particular el proyecto de la denominada "ley

(32) HARO, RICARDO, *La Eficiencia Congresional y las comisiones legislativas,* en *Constitución, Gobierno y Democracia*, Córdoba, 1987, p. 47.

(33) Dictamen Preliminar, p. 58 y ss.

del software", que contempla a los programas de computación para las obras protegidas por la ley de propiedad intelectual. El proyecto había sido aprobado en general dos semanas antes. Es de destacar que en el caso que se comenta el nuevo mecanismo sirvió para limar las asperezas que se habían manifestado en el recinto del Senado, pese a que la Cámara de Diputados había aprobado el proyecto por unanimidad a fines de 1997. En el seno de la comisión actuante se lograron puntos de acuerdo que no pudieron ser alcanzados en el recinto. Asimismo, se evitaron los largos discursos, en tanto los legisladores debieron limitarse a discutir sobre los aspectos técnicos.

BIBLIOGRAFÍA

- BIDEGAIN, CARLOS MARÍA, *Algunas Sabias Reflexiones del Congreso,* en: JORGE H. GENTILE (compilador), *El Poder Legislativo*, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Buenos Aires, 2008.
- CONSEJO PARA LA CONSOLIDACIÓN DE LA DEMOCRACIA, *Dictamen Preliminar sobre la Reforma Constitucional* y *Segundo Dictamen*, Eudeba, Buenos Aires, 1986 y 1987, respectivamente.
- GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada,* La Ley, Buenos Aires, 2004.
- GIUNTA, M. L. y CUETO, W. J., *La reforma legislativa*, I.A.E.C y P., Depalma, Buenos Aires, 1991.
- HARO, RICARDO, *La Eficiencia Congresional y las comisiones legislativas,* en *Constitución, Gobierno y Democracia*, Córdoba, 1987.
- MATIENZO, JOSÉ NICOLÁS, *El gobierno representativo federal en al Argentina,* Capítulo IX, *in fine.*
- SABSAY, DANIEL A. y ONAINDIA, JOSÉ M., *La Constitución de los Argentinos,* 7ª ed., Errepar, Buenos Aires, 2009.
- SANGUINETTI, HORACIO, *Formas políticas: el voto uninominal por circunscripciones",* en SANGUINETTI, H. y SABSAY, F. L., *Curso de introducción al conocimiento de la sociedad y el Estado,* Eudeba-Macchi, Buenos Aires, 1985.
- SUNDQUIST, JAMES L., *Constitutional reform and effective government,* The Brookings Institute, Washington, D.C., 1986, p. 52 (traducción del autor).

Capítulo XV

Función legislativa del Congreso

Sumario: 1. Formación y sanción de las leyes.— 2. Proceso de formación de las leyes. a) Iniciativa legislativa. b) Tratamiento y aprobación de un proyecto de ley. i) Trámite simple. ii) Delegación de facultades en comisiones. iii) Rechazo del proyecto. Discrepancias entre ambas Cámaras. iv) Veto presidencial. Insistencia de las Cámaras. v) Promulgación parcial. vi) Insistencia parcial. c) Prohibición de la sanción ficta de leyes. d) Mayoría calificada para la sanción de cierto tipo de leyes. e) Caducidad de proyectos. f) Leyes secretas.— 3. Clases de leyes que sanciona el Congreso: federales, comunes y locales. a) Leyes federales. b) Leyes comunes. c) Leyes locales.— 4. Función jurisdiccional: el juicio político. a) Introducción. b) El juicio político en la Constitución Nacional. i) Cámara de Diputados. Acusación. ii) Senado. Juzgamiento. iii) El fallo condenatorio. Efectos.— 5. Atribuciones del Congreso. a) Cuestiones económico-financieras (art. 75, incs. 1 a 9 y 11). i) Empréstitos. ii) Tierras fiscales. iii) Banco Federal. iv) Deuda interna y externa. v) Presupuesto. vi) Subsidios a las Provincias. b) Competencias específicas que hacen al desenvolvimiento de la Nación en su conjunto (art. 75, incs. 10, 13 a 15). i) Libre navegación. ii) La "cláusula comercial". iii) Correos nacionales. iv) Límites internacionales e interprovinciales. c) Derecho de fondo (art. 75, inc. 12). d) Derechos de los pueblos originarios (art. 75, inc. 17). e) Organización del Poder Judicial (art. 75, inc. 20). f) Relaciones de control del Poder Ejecutivo (art. 75, incs. 21, 25 y 26). g) Tratados Internacionales. Nuevos derechos (art. 75, incs. 22 a 24). h) Defensa y potestades militares (art. 75, incs. 16, 27 y 28). i) Seguridad de las fronteras. ii) Potestades militares. i) Poderes de emergencia (art. 75, incs. 29 y 31 y art. 76). j) Establecimientos de utilidad nacional (art. 75, inc. 30). k) Cláusulas programáticas y de interpretación (art. 75, incs. 18 y 19). l) Poderes implícitos (art. 75, inc. 32).— Bibliografía.

1. Formación y sanción de las leyes

En este capítulo trataremos el modo como se expresa la voluntad del Poder Legislativo en el ejercicio de su función principal, la de hacer la ley. En este punto vale recordar el concepto de ley. Al respecto, Díaz Ricci considera que, "como una primera aproximación podríamos definir a la ley *como aquella norma superior dictada según un procedimiento fijado por la Constitución*. Con esto queremos destacar dos elementos esencia-

les: su valor preeminente respecto de otras normas del ordenamiento jurídico y un origen emanado de un órgano dotado de representación política en un Estado democrático"[1]. Este concepto se compadece con lo que expresa la Opinión Consultiva 6 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos[2]. He aquí la dimensión de la cuestión, veamos entonces cuál es el procedimiento que contempla nuestra Constitución para la elaboración de este instrumento que expresa la voluntad del depositario por excelencia de la soberanía del pueblo, el Congreso.

La reforma de 1994 ha introducido importantes modificaciones en esta materia. Ellas se refieren a las nuevas reglas relativas al veto parcial, a la reducción del número de intervenciones de las Cámaras en caso de observaciones de parte de alguna de ellas a proyectos presentados por la otra, al vigorizamiento de las facultades de las comisiones internas de los cuerpos legislativos, a la prohibición de la sanción ficta de leyes, a la mayoría calificada de miembros, necesaria para la sanción de cierto tipo de leyes y al otorgamiento al Senado del carácter de Cámara de origen para la iniciación de ciertos temas (ver capítulo anterior).

2. PROCESO DE FORMACIÓN DE LAS LEYES

A continuación describiremos las diferentes etapas que llevan a la sanción de una norma general y abstracta por parte del Congreso, lo que constituye su función primordial que ejerce en un esquema de relación con el Poder Ejecutivo. Maqueda nos recuerda que esta materia encuentra como su principal antecedente al "pensamiento de Juan Bautista Alberdi al acordar que la división de poderes no es un principio absoluto —pues ello significaría que los poderes se ignoran entre ellos— sino uno relativo, que supone la colaboración y coordinación de sus tareas con miras a lograr la realización del proyecto democrático de la nación. En este entendimiento, la Constitución histórica y la reforma de 1994 asumieron la delicada tarea de diseñar un proceso de formación y sanción de las leyes que fuera apto para resguardar el difícil equilibrio que debe gobernar la convivencia del presidente y del Congreso, sin que la independencia de los poderes afectara el buen desempeño de sus respectivas funciones"[3].

(1) DÍAZ RICCI, SERGIO, *La Ley en la Constitución* en: GENTILE, JORGE H., *El Poder Legislativo*, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Buenos Aires, 2008, p.702.

(2) OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Ver comentario del autor sobre la expresión "Leyes" en el art. 30 de la CADH, en BIDART CAMPOS, G. y CALOGERO PIZZOLO (h.), *Corte Interamericana - Opiniones consultivas, textos completos y comentarios*, t. I, Ed. Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1998.

(3) MAQUEDA, JUAN CARLOS, *La formación y sanción de las leyes*, en: GENTILE, JORGE H., *El Poder Legislativo*, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Buenos Aires, 2008, p. 761.

a) Iniciativa legislativa

La iniciativa legislativa es la potestad de presentar proyectos de ley, que deben ser tratados de manera obligatoria por el órgano legislativo. Los titulares en esta materia son los dos poderes constituidos. Según el art. 77 de la Constitución, cualquiera de los miembros tanto del poder Legislativo como del Ejecutivo tiene esta facultad de presentar proyectos ante las Cámaras del Congreso. De resultas de esta potestad, estos proyectos, adquieren obligatoriamente "estado parlamentario", de conformidad con el procedimiento establecido en el reglamento de cada Cámara (art. 66). Es decir, merecerán el tratamiento que eventualmente posibilitará su conversión en leyes si las Cámaras se pronuncian a favor de su sanción, pero lo que ellas no pueden es dejar de considerarlos en el trabajo que realizan sus comisiones, a las que les son girados por sus respectivas secretarías parlamentarias.

El Presidente por lo tanto cumple el papel de colegislador y la reforma de 1994 le ha conferido la iniciativa para la presentación de los proyectos de ley de presupuesto y de ministerios. Así, entre las potestades del Jefe de Gabinete de Ministros, el art. 100, inc. 6, CN, establece que a él le corresponde: "*enviar al Congreso los proyectos de Ley de Ministerios y de Presupuesto Nacional, previo tratamiento en acuerdo de gabinete y aprobación del Poder Ejecutivo*". Ello, no obstante que es al Congreso a quien le corresponde todo lo relacionado con el poder de disponer de los dineros públicos, como veremos en el capítulo siguiente.

A todas las personas les asiste igualmente la facultad de presentar proyectos ante el Congreso, en ejercicio del derecho derivado del art. 33 CN de peticionar a las autoridades, pero, a diferencia de lo que ocurre con las iniciativas de los legisladores o del Presidente, dichos proyectos no toman "estado parlamentario", salvo que algún legislador decida presentarlos con su firma. De todos modos, tengamos en cuenta que en la actualidad, con la incorporación de la iniciativa popular para la presentación de proyectos de ley (art. 39), existe la posibilidad de que la ciudadanía de modo colectivo pueda iniciar el procedimiento legislativo del igual forma que las autoridades mencionadas en el art. 77[4].

Los proyectos pueden ser presentados ante cualquiera de las dos Cámaras. A aquella que ha sido elegida para la introducción del proyecto se la conoce con el nombre de Cámara iniciadora o de origen, mientras que a la otra se la denomina Cámara revisora. Como hemos visto al tratar en el capítulo anterior, sobre las facultades exclusivas de cada una de las

(4) La iniciativa legislativa, reglamentada por la ley 24.747, es objeto de particular tratamiento en el Capítulo V, junto con las restantes formas semidirectas de democracia.

Cámaras, antes de la reforma sólo había dos cuestiones respecto de las cuales la Cámara de Diputados poseía el monopolio como Cámara de origen (art. 52 CN). Ahora existen otras excepciones al principio general, tales como la facultad de iniciativa conferida al Senado en materias de coparticipación impositiva y otras destinadas a equilibrar el desarrollo de provincias y regiones (art. 75, incs. 2, 4° párr. y 19 CN)[5].

b) Tratamiento y aprobación de un proyecto de ley

i) Trámite simple

El derrotero normal por el que transita un proyecto de ley hasta convertirse en ley de la Nación es el que contempla el art. 78, esto es, cuando no se ha producido ninguna de las vicisitudes que los siguientes artículos prevén. Dispone la norma:

"Aprobado un proyecto de ley por la Cámara de su origen, pasa para su discusión a la otra Cámara. Aprobado por ambas, pasa al Poder Ejecutivo de la Nación para su examen; y si también obtiene su aprobación, lo promulga como ley".

El trámite para la aprobación de la ley reconoce entonces una primera etapa que requiere de la concurrencia de voluntades de ambas Cámaras y que concluye con la sanción de la ley, función exclusiva del Congreso. Posteriormente, el Legislativo eleva el proyecto al Ejecutivo para que, en caso de aprobarlo, lo promulgue y publique. Es de destacar que la labor parlamentaria comienza en las comisiones antes de que el proyecto sea tratado en el recinto de cada Cámara. En realidad, lo que las Cámaras consideran son los dictámenes de las comisiones, que son los proyectos que han sido analizados, acordados, consensuados en su seno. Puede ocurrir que por cada proyecto se eleve más de un dictamen, correspondientes a la mayoría y a la minoría o a las minorías. En el recinto de las Cámaras se lleva a cabo una suerte de doble votación, que se corresponde respectivamente con el tratamiento en general y en particular de los proyectos.

La bicameralidad de nuestro Poder Legislativo exige el pronunciamiento de ambas Cámaras para la expresión normal de la voluntad del Congreso. Esto se explica por el tipo diferente de representación que enviste cada Cámara como ha quedado dicho en el capítulo anterior. Además, es una característica de nuestra forma federal de Estado que exige del pronunciamiento del Senado para que se concrete la función de participación de las provincias en las decisiones nacionales que este órgano ejerce.

(5) Ver Capítulo XIV, *Facultades exclusivas de cada Cámara.*

ii) Delegación de facultades en comisiones

La reforma ha fortalecido las facultades de las comisiones internas (art. 79 CN), que de acuerdo a lo establecido en sus respectivos reglamentos poseen cada una de las Cámaras[6]. El procedimiento de aprobación de la ley en general en el plenario y la delegación en comisiones para su aprobación en particular fue uno de los puntos incluidos en el Núcleo de Coincidencias Básicas de la ley 24.309 de Declaración de la Necesidad de la Reforma, con el propósito de agilizar el trámite de discusión y sanción de leyes. Cada Cámara tiene la facultad de recurrir a la delegación en los casos en que lo considere conveniente, así como de dejarla sin efecto y retomar el trámite ordinario. En ambos casos el texto constitucional requiere el voto de la mayoría absoluta del total de sus miembros[7].

iii) Rechazo del proyecto. Discrepancias entre ambas Cámaras

La primera parte del art. 81 de la Constitución refiere al rechazo de un proyecto por parte de una de las Cámaras. *"Ningún proyecto de ley desechado por una de las Cámaras podrá repetirse en las sesiones de aquel año. Ninguna de las Cámaras puede desechar totalmente un proyecto que hubiera tenido origen en ella y luego hubiese sido adicionado o enmendado por la Cámara revisora..."*.

Según la disposición precedente, el proyecto rechazado totalmente por una de las Cámaras no puede tratarse nuevamente hasta el período legislativo siguiente. Si esto no fuera así se vería afectado el sistema bicameral, en tanto una de las Cámaras podría primar totalmente en detrimento de la otra. A continuación, la reforma ha modificado el artículo, en cuanto imposibilita el rechazo total de un proyecto por parte de la Cámara de origen cuando hubiese sido adicionado o enmendado por la revisora.

Luego, la norma determina cuál es el modo como se expresa la voluntad de las Cámaras y las facultades que ellas poseen ante las eventuales

(6) Ver Capítulo XIV, *Organización y funcionamiento del Congreso.*

(7) Dice el art. 79 CN: *" Cada Cámara, luego de aprobar un proyecto de ley en general, puede delegar en sus comisiones la aprobación en particular del proyecto, con el voto de la mayoría absoluta del total de sus miembros. La Cámara podrá, con igual número de votos, dejar sin efecto la delegación y retomar el trámite ordinario. La aprobación en comisión requerirá el voto de la mayoría absoluta del total de sus miembros. Una vez aprobado el proyecto en comisión, se seguirá el trámite ordinario".*

discrepancias que puedan originarse entre la iniciadora y la revisora, dado que la sanción de toda ley requiere el concurso de ambas Cámaras. Esta disposición expresa:

"...Si el proyecto fuere objeto de adiciones o correcciones por la Cámara revisora, deberá indicarse el resultado de la votación a fin de establecer si tales adiciones o correcciones fueron realizadas por mayoría absoluta de los presentes o por las dos terceras partes de los presentes. La Cámara de origen podrá por mayoría absoluta de los presentes aprobar el proyecto con las adiciones o correcciones introducidas o insistir en la redacción originaria, a menos que las adiciones o correcciones las haya realizado la revisora por dos terceras partes de los presentes. En este último caso, el proyecto pasará al Poder Ejecutivo con las adiciones o correcciones de la Cámara revisora, salvo que la Cámara de origen insista en su redacción originaria con el voto de las dos terceras partes de los presentes. La Cámara de origen no podrá introducir nuevas adiciones o correcciones a las realizadas por la Cámara revisora".

Las modificaciones introducidas producen un aceleramiento del trámite legislativo al acortar el número de reenvíos entre las Cámaras en caso de adiciones o de correcciones, favoreciendo la posición de la Cámara iniciadora en el caso de que ambas Cámaras aprueben el proyecto con la mayoría absoluta, o bien, si ambos cuerpos lo aprueban con dos tercios. En los dos supuestos, predomina la voluntad de la Cámara de origen. Recordemos que en la Constitución histórica se determinaba que si la Cámara de origen desechaba las enmiendas propuestas, el proyecto regresaba a la revisora por segunda vez.

La reforma se ubica dentro de la tendencia actual del Derecho Constitucional en materia de trámite legislativo, en el sentido de imprimirle mayor celeridad al procedimiento de elaboración de las leyes y de ese modo hacer más eficaz la acción de gobierno en su conjunto. Recordemos que también en este punto el constituyente de reforma ha tomado un camino que preveían tanto la enmienda de 1972 como los dictámenes del Consejo para la Consolidación de la Democracia.

iv) Veto presidencial. Insistencia de las Cámaras

Concluida la etapa de sanción del proyecto de ley se inicia la de eficacia, en la cual deberá darse la concurrencia de las voluntades del Congreso y del Ejecutivo. El art. 83 hace referencia a la potestad de observación o de veto —denominación con que se designa a este instituto en el lenguaje coloquial— que le asiste al Presidente sobre los proyectos aprobados por el Legislativo y que le son elevados para su promulgación.

Al igual que la facultad de iniciativa legislativa, el veto es otra de las atribuciones colegislativas del Presidente que se presenta como la contracara de su facultad de promulgar la ley. El Presidente cuenta con un plazo de diez días útiles o hábiles para observar una ley que ha sido sancionada por el Congreso.

El veto puede ser total o parcial, según lo dispone la citada norma, que en su primera parte expresa: *"Desechado en todo o en parte un proyecto por el Poder Ejecutivo, vuelve con sus objeciones a la Cámara de origen..."*. A continuación, el artículo refiere a la insistencia de las Cámaras para que el proyecto se convierta en ley que es la atribución que tiene el Congreso para resistir el veto presidencial, al respecto contempla que: *"...si lo confirma por mayoría de dos tercios de votos, pasa otra vez a la Cámara de revisión. Si ambas Cámaras lo sancionan por igual mayoría, el proyecto es ley y pasa al Poder Ejecutivo para su promulgación..."*.

Para el caso de que el Congreso consiga insistir frente al veto presidencial y así lograr la sanción de la ley que había sido observada, la Constitución requiere el voto nominal y dispone la publicación inmediata por la prensa de los nombres y fundamentos de los legisladores de cada Cámara, así como las objeciones formuladas por el Poder Ejecutivo al proyecto de ley.

En el supuesto de que existan discrepancias entre las Cámaras sobre dichas objeciones, el proyecto no puede volver a tratarse en las sesiones de ese año.

v) Promulgación parcial

En caso de veto parcial, la reforma de 1994 ha incluido la disposición contenida en el art. 80 de la Constitución, que establece las consecuencias de la observación parcial de un proyecto por parte del Ejecutivo. Una mala praxis consistente en la promulgación de la porción no vetada de la norma en cuestión ha merecido la crítica prácticamente unánime de la doctrina. Este hábito de los titulares del Poder Ejecutivo ha redundado en una nueva fuente de fortalecimiento de sus potestades. De modo indirecto, se le brinda al Ejecutivo un nuevo medio para legislar. Esto es así, en tanto y cuanto puede corregir las normas elaboradas por el Legislativo del modo que más le plazca, sin que luego sea necesario el concurso de este último para la aprobación de la "nueva" norma. Al igual que en las otras dos disposiciones a través de las cuales el Ejecutivo recibe potestades legislativas directas —arts. 76 y 99, inc. 3— el constituyente comienza sentando un principio general opuesto a tal posibilidad, para luego establecer la excepción[8].

---

(8) Ver Capítulo XVII, *Atribuciones del Poder Ejecutivo, Decretos de promulgación parcial.*

La prohibición para el Ejecutivo de promulgar la parte remanente de leyes sancionadas por el Congreso que han sido objeto de veto parcial es sólo aparente. Ello en razón de que luego de determinarse este principio general se precisa que "*sin embargo, las partes no observadas sólo podrán ser promulgadas si constituyen porciones escindibles del texto primitivo y su aprobación parcial no altera el espíritu ni la unidad del proyecto sancionado por el Congreso*"[9], todo lo cual nos permite afirmar que en realidad lo que se le quita por un lado al Poder Ejecutivo se le concede de manera indirecta por el otro.

En efecto, en tanto es el mismo órgano que debe hacer uso de esa potestad excepcional de promulgar parcialmente una ley quien debe decidir si a su criterio se dan las circunstancias que la cláusula constitucional transcripta contempla para que la promulgación parcial proceda. Ello sin que su decisión pueda ser objeto de control previo alguno. Nuevamente, en materia de potestades legislativas el ejecutivo podrá ejercerlas según "su buen saber y entender", no obstante el principio general que se lo prohíbe y transformándose a esos efectos, en "juez y parte". Nada más alejado del principio general en materia de control, que señala la necesidad de que exista la mayor independencia entre el funcionario contralado de aquel que debe controlarlo —que no nos cansamos de repetir— y que parece que el constituyente de reforma olvidó, tal ha sido la omisión de la consideración de este postulado que en el presente caso ambos funcionarios se superponen en la persona de quien debe ser objeto de control. Como luego veremos esta deficiente técnica legislativa se repite también en materia de legislación delegada (art. 76) y de decretos de necesidad y urgencia (art. 99, inc 3).

En todos los casos el constituyente de reforma ha apostado exclusivamente a los controles *a posteriori*, los que por cierto han resultado muy poco eficaces, sobre todo en razón de que intervienen, en el caso legislativo sólo cuando el Ejecutivo tiene una mayoría parlamentaria adversa, y el control judicial recién se concreta mucho tiempo después, si es que ocurre, cuando el instrumento ya ha producido efectos[10].

Es de destacar que en el derecho público provincial sólo una minoría de las Constituciones reformadas admiten la promulgación de la parte no vetada de un proyecto que ha sido objeto del veto parcial del Ejecutivo. Pero, en estos casos, la modalidad se ve acompañada del control previo a la promulgación por parte de la Cámara de origen (conf. Constitución de Córdoba, art. 114, 2ª parte). La Constitución de La Rioja constituye

(9) El criterio de la reforma para exceptuar la prohibición ha sido tomado de la jurisprudencia de la CSJN que se inicia con los casos "Colella", Fallos: 268:352 y "Giulitta", Fallos: 189:156.

(10) Ver Capítulo XVII, *Decretos de necesidad y urgencia*.

la excepción a esta regla, ya que determina que "*vetada en parte la ley por el Poder Ejecutivo, éste podrá promulgar la parte no vetada*" (art. 104, 2º párrafo, *in fine*).

Nuestra opinión es contraria a la inclusión de esta disposición; sin embargo, ella no sería tan peligrosa si estuviese rodeada del reaseguro que contempla la Constitución de Córdoba. Tal como está redactada creemos que permite en la práctica la subsistencia de una modalidad favorable al fortalecimiento del Presidente y que atenta contra el equilibrio que debe existir entre los poderes en un sistema democrático.

vi) Insistencia parcial

El derecho parlamentario ha enfrentado al texto constitucional reformado con el ejercicio de un nuevo instituto. Se trata de la insistencia parcial de un proyecto de ley que habiendo sido sancionado por el Congreso luego es desechado en su totalidad por el Poder Ejecutivo. Cabe preguntarse si el Congreso tiene la facultad de insistir sólo en una parte de la norma vetada, aceptando la observación efectuada sobre el resto[11].

Al respecto, estimamos que quien puede lo más puede lo menos. Precisamente en este caso, pues, frente a una potestad que le es propia, el Poder Legislativo puede decidir con qué alcance hace uso de ella, esto es, si desea hacerlo de manera total o parcial. Potestad que, por otra parte, se deriva de la competencia general de hacer la ley que tiene este órgano de gobierno. En última instancia, luego de que el Ejecutivo ha ejercido su función de control, es al Legislativo a quien le compete establecer de qué modo debe quedar la norma observada. Ello le permite hacer uso de tres alternativas: aceptar el veto, insistir totalmente sobre la totalidad del texto por él sancionado o hacerlo sólo de modo parcial. Sostener lo contrario, es decir, que la insistencia parcial del Legislativo requiere de una aceptación expresa de parte del constituyente, es desconocer el equilibrio que debe existir entre los poderes. En la especie, sería absurdo que la potestad excepcional de control con que cuenta el titular del Ejecutivo tuviese una magnitud superior a la facultad de quien fiscaliza y de la cual es titular el Legislativo. Creemos que una simple relectura del sentido de los "checks and balances" del derecho estadounidense nos aportan toda la argumentación faltante.

(11) Tal la situación que planteó el proyecto de ley sobre patentes medicinales. Sobre el particular "La Nación" del 10 de abril de 1995, en su primera página expresa refiriéndose a esta figura que "no por novedosa debe descartarse tal posibilidad. Los constitucionalistas Daniel Sabsay y Néstor Sagüés la admitieron como analogía de la nueva facultad presidencial de promulgar parcialmente una ley, es decir, pedazos de una norma que no contrarien su criterio".

c) Prohibición de la sanción ficta de leyes

En este punto contemplado en el nuevo art. 82, el reformador, apartándose de las soluciones contenidas en la Constitución italiana, la enmienda de 1972 y los dictámenes del Consejo para la Consolidación de la Democracia, ha preferido que la voluntad del legislador siempre se manifieste de modo expreso. Esta disposición la consideramos positiva en lo que hace a la reglamentación de la facultad otorgada al Ejecutivo en el inc. 3º del art. 99 de la Constitución, pues, el silencio del Legislativo no puede jugar a favor de la aprobación del decreto de necesidad y urgencia y de ese modo impedir el adecuado control legislativo del mismo. Sin embargo, la ley reglamentaria de la Comisión Bicameral Permanente de control de las potestades legislativas presidenciales, al no establecer plazos expresos, de hecho lleva a la vigencia del decreto por el mero transcurso del tiempo[12].

d) Mayoría calificada para la sanción de cierto tipo de leyes

La segunda parte del art. 77, al que nos hemos referido cuando tratamos la iniciativa legislativa, establece que *"los proyectos de leyes que modifiquen el régimen electoral y de partidos políticos actualmente vigente deberán ser aprobados por mayoría absoluta del total de los miembros de las Cámaras"*.

Esta disposición produjo un verdadero escándalo que tomó estado público en razón de que ella no fue incluida en el texto ordenado que fue objeto del juramento por parte de los convencionales y de las autoridades nacionales. El 15 de diciembre de 1994 el Congreso sanciona la norma que incorpora el texto al articulado constitucional. Más allá de la bondad de la solución elegida para reconstituir la Ley Fundamental en su integridad, nos parece importante dejar sentado de que, a nuestro criterio, la voluntad del constituyente se expresó favorablemente al momento del voto en el recinto del órgano reformador. Lo ocurrido *a posteriori* constituye un mero olvido —al menos queremos creer que ha sido así— relativo a cuestiones de tipo estrictamente formal y que de ningún modo tienen entidad para invalidar la expresión de la voluntad del órgano titular del poder constituyente derivado. Sostener lo contrario, por un celo excesivamente formalista, en detrimento del consentimiento del titular de la potestad en cuestión, acarrea no sólo el rechazo de esta disposición, sino también de los restantes doce puntos contenidos en el

(12) Ver Capítulo XVII, *Atribuciones del Poder Ejecutivo, Control de los decretos de naturaleza legislativa.*

"núcleo de coincidencias básicas", de conformidad con lo establecido en el art. 5º de la ley 24.309.

En lo que hace al fondo de la cuestión, el constituyente ha considerado necesario asegurar un amplio consenso alrededor de la materia electoral y de partidos políticos. Si bien no ha estimado pertinente cristalizar dichas reglas en el texto de la Constitución, ha apreciado que la importancia institucional de estos temas complementarios del articulado constitucional, y de su misma naturaleza, merecen requisitos agravados en su tratamiento por parte del Congreso.

La solución parece muy plausible. Creemos que ella se inspira en lo acontecido en esta materia en varias Provincias. Es de destacar, que la premura de parte de los partidos políticos que detentan el poder en diferentes estados locales los llevó de manera súbita a cambiar las reglas de juego en la materia, muchas veces, inclusive forzando la aplicación de las normas del derecho parlamentario local en materia de quórum e inclusive decidiendo sesionar de manera imprevista en horas de la madrugada. Semejantes prácticas, totalmente reñidas con la más mínima razonabilidad que debe imperar en el Estado de Derecho, justifican que a nivel nacional se trate de impedir que ello pueda ocurrir.

Pero, además, temas de esta naturaleza deben ser bien comprendidos por sus destinatarios: los ciudadanos, quienes deben concurrir a las urnas con suficiente conocimiento de causa. Es decir, con una compresión lo más acabada posible de las modalidades del sistema electoral vigente, las que según las características pueden llevarnos a cambiar el sentido de nuestra decisión. Como así también, entender claramente los modos de elección de las autoridades y candidatos de los partidos, su forma de financiamiento, etc. De ese modo los votantes podrán participar con la información necesaria para que su actuación pueda resultar efectiva. Creemos que hubiera sido interesante, igualmente, que se hubiese establecido un plazo para la puesta en vigencia de este tipo de normas. Ello, a los fines de que se pueda cumplir con los objetivos que acabamos de exponer e impedir que las reglas sean establecidas por la autoridad de turno con la única intención de beneficiarse personalmente en sus aspiraciones de poder con el nuevo marco jurídico.

e) Caducidad de proyectos

Los proyectos de ley, que ingresan en las Cámaras para ser sometidos a su consideración, no siempre concluyen el trámite legislativo con la aprobación o el rechazo del Congreso. Lo mismo ocurre con los proyectos que son devueltos en virtud de un veto presidencial para su confirmación por el Poder Legislativo. Sin embargo, la Constitución nada dice

con relación a los términos de vigencia a los que se sujetan los proyectos de ley en estos casos.

Por ello, este aspecto de la labor parlamentaria quedó en manos del propio Congreso que, por medio de leyes, ha reglamentado las distintas hipótesis que se presentan. La ley 13.640 —y sus modificatorias—, establece los plazos de caducidad que rigen en cada una de ellas:

- Se tiene por caducado todo proyecto de ley que no haya obtenido sanción en la Cámara durante el año parlamentario en que tuvo entrada en el cuerpo o en el siguiente.
- Si obtuvo sanción en alguna de las Cámaras en el término indicado, éste se prorroga por un año más.
- Si fue aprobado con modificaciones por la Cámara revisora y no terminó el trámite establecido por el art. 81 CN en el año parlamentario en que obtuvo la referida aprobación o en el siguiente, se tendrá por caducado.
- Los proyectos de ley o parte de ellos observados por el Poder Ejecutivo, el plazo de caducidad es el del año parlamentario en el que fueron devueltos o el siguiente.

Excepciones: el art. 2º de la ley 13.640 exceptúa de los plazos fijados a los proyectos de código, tratados con las naciones extranjeras, proyectos enviados por el Poder Ejecutivo sobre provisión de fondos para pagar los créditos contra la Nación y los reclamos de particulares con igual carácter.

Iniciativas parlamentarias que no sean proyectos de ley: Para los demás asuntos que se presenten a consideración del Congreso, la ley 13.640 remite a cada Cámara la reglamentación de los plazos de vigencia y procedimientos a seguir para la caducidad y archivo de tales iniciativas.

Los despachos de las comisiones también se rigen por los plazos de caducidad de la ley 13.640[13].

Finalmente, la ley establece los pasos y requisitos para el archivo de los proyectos que hayan caducado en virtud de sus disposiciones.

(13) El art. 111 del *Reglamento de la Cámara de Diputados* establece que "Los despachos formulados por las Comisiones... se mantendrán en vigor... hasta la renovación ordinaria de los miembros de las Comisiones, o no hubieren caducado en virtud de lo dispuesto por la ley 13.640". Por su parte el *Reglamento Interno del Senado* dispone que "los dictámenes de las comisiones permanentes... se mantienen en vigor hasta la próxima renovación del cuerpo siempre que antes no se produzca la caducidad en virtud de la ley 13.640..." y los de "...las comisiones especiales caducan de acuerdo con las disposiciones de la ley mencionada" (art. 106).

f) Leyes secretas

Las leyes secretas no están previstas en la Ley Fundamental. Antes bien, ellas se contraponen con el sistema republicano adoptado en su artículo primero, cuyos principios deben orientar de manera sustancial la interpretación de toda norma constitucional.

Además, con posterioridad a la reforma, la cuestión debe analizarse a la luz de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, con jerarquía constitucional —art. 75, inc. 22— que garantizan el derecho a la información, tales como el art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el art. 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Sin embargo, tales instrumentos jurídicos han sido admitidos por la praxis constitucional desde muy antigua data[14]. Los proyectos de estas leyes son debatidos en sesiones secretas y el mismo carácter reviste su promulgación y archivo.

Ahora bien, el texto anterior a la reforma decía en su art. 86, inc. 4º al referirse a las atribuciones del Presidente: "*participa de la formación de las leyes (...) las sanciona y promulga*". Nada decía acerca de su publicación, aunque esto surgía implícito del significado del vocablo promulgar[15] y, por ello, se la consideraba contenida en dicha función presidencial.

Sin embargo, el nuevo texto ha modificado el enunciado del ex art. 86, inc. 4º —actual art. 99, inc. 3º—, diciendo expresamente que el Poder Ejecutivo "*participa de la formación de las leyes, las promulga y hace publicar*". Con la nueva redacción se elimina la palabra sanciona, en cuanto ello constituía un error porque la sanción de la ley corresponde al Legislativo y, además, exige como requisito la publicación para la formación de la ley, sin hacer distingo alguno. A través de la publicación se comunica una ley y es a partir de ese momento que ella entra en vigencia y se considera conocida por todos y por lo tanto se ha tornado obligatorio su cumplimiento. Así lo determina el Código Civil[16].

Algunos autores admitieron, con carácter excepcional, la constitucionalidad de estos instrumentos. Así, según Joaquín V. González: "La *publicidad* es un requisito substancial de nuestro Gobierno; pero hay también leyes secretas, excepcionales, dictadas para realizar propósitos

(14) La primera ley secreta se aprobó en 1891 durante el gobierno de Carlos Pellegrini.

(15) Ver SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO, *Elementos de derecho Constitucional*, t. I, Astrea, 1993, p. 417.

(16) Art. 2º del Código Civil: "*Las leyes no son obligatorias sino después de su publicación, y desde el día que determinen. Si no designan tiempo, serán obligatorias después de los ocho días siguientes al de su publicación oficial*".

de alta política, cuya divulgación podría poner en peligro la suerte de la República"[17]. Otros se pronunciaron directamente a favor de su validez constitucional. En este sentido, González Calderón dice: "en algunos casos puede omitirse la publicación de las leyes (...) conclusión que fluye de que las Cámaras pueden celebrar sesiones secretas para tratar graves asuntos de Estado"[18]. Sin embargo, dicha afirmación no distingue entre las sesiones secretas, previstas en los reglamentos internos de las Cámaras y que pueden llegar a ser necesarias en algunos casos, y el producto emergente de dichas sesiones, tales como la aprobación de una ley, de un contrato, etc.

La Corte Suprema, al pronunciarse sobre la falta de publicación de la ley 19.111, destacó el carácter excepcional de las leyes secretas, y admitió su reserva sólo por graves asuntos de Estado[19].

La cuestión relativa a los sobresueldos percibidos por ex funcionarios públicos con fundamento en la ley 18.302 sobre gastos reservados, dictada durante un gobierno *de facto*, motivó que tomara estado público el tema que nos ocupa. A raíz de ello, se promovió una acción contra el Estado Nacional para que se levante el secreto de las denominadas "leyes secretas" y se ordene su publicación. El fallo de primera instancia declaró la inconstitucionalidad del carácter "secreto" otorgado a la citada ley, así como de cualquier otra ley vigente que no encuentre su causa en el "*estado de necesidad* porque su público conocimiento ponga en riesgo la subsistencia de la República o la seguridad de la comunidad"[20].

La ley 18.302 fue derogada por la ley 26.132, la cual dejó sin efecto a partir de su entrada en vigencia el carácter secreto o reservado de toda ley que hubiera sido sancionada con esa condición.

3. Clases de leyes que sanciona el Congreso: federales, comunes y locales

Las leyes que dicta el Congreso de la Nación responden al ejercicio de facultades delegadas expresamente o de manera implícita por las Provincias —arts. 121 y 75, inc. 32, CN—. La Corte Suprema ha sostenido que

(17) González, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina*, La Ley, 2001, p. 461.

(18) González Calderón, Juan A., *Curso de derecho Constitucional*, 5ª ed., Kraft, Buenos Aires, 1997, p. 392.

(19) CSJN, Fallos: 286:62, "Ex Cámara Federal Penal de la Nación".

(20) Juzg. Nac. de 1ª Inst. en lo Contencioso Administrativo Federal Nº 8, 2008/05/11, "Monner Sanz, Roberto c. Estado Nacional", La Ley, Sup. Constitucional (junio de 2005), p. 57.

"El Gobierno de la Nación no puede impedir o estorbar a las provincias en el ejercicio de aquellos poderes de gobierno que no han delegado"[21].

La legislación del Congreso abarca tres tipos de normas, las federales, las comunes y las locales.

a) Leyes federales

Las leyes federales conforman el denominado derecho federal. Este derecho, a diferencia del derecho común o de fondo, atiende, por una parte, a la organización de las instituciones del Estado y, por otro lado, a la consecución de fines que hacen a los intereses generales de la Nación. Se distinguen, por tanto, de las normas de derecho común que, si bien rigen en todo el territorio de la Nación, no atienden un interés nacional. Veamos algunos ejemplos:

Leyes que reglamentan los órganos del Estado Nacional: Por ejemplo, la Ley de Ministerios o la Ley de la Defensoría del Pueblo.

Leyes en las predomina el interés general de la Nación: Entre ellas, las que regulan algunos delitos sometidos a jurisdicción federal como la ley de estupefacientes[22], las que reglamentan el transporte internacional e interprovincial, la ley de intervención a una provincia o la que declara el estado de sitio.

Leyes relativas a los poderes exclusivos del Gobierno Federal: Ejemplo de estas normas son los tratados internacionales, que requieren una ley del Congreso para su aprobación; todas aquellas relativas a las relaciones exteriores y sobre seguridad.

Algunas leyes específicas mencionadas en la Constitución: Algunos ejemplos los encontramos en el art. 75, inc. 12, como la ley de naturalización y ciudadanía o la de falsificación de moneda y de documentos públicos. No así la ley sobre quiebras, en cuanto la 24.522 forma parte del Código de Comercio que integra el derecho común o de fondo.

El art. 26 refiere a la reglamentación de los ríos interiores.

b) Leyes comunes

Integran el denominado derecho común o de fondo, que rige en todo el país. Comprende los códigos a los que se refiere el art. 75, inc. 12 y las

(21) "Sociedad Com. e Ind. Giménez Vargas Hnos. c. Provincia de Mendoza", Fallos: 239:343.

(22) La ley 26.052 prevé la transferencia de competencias a la justicia provincial para los delitos de menor escala, respecto de aquellos estados provinciales y la Ciudad de Buenos Aires que adhieran a la ley.

leyes que los complementan o los modifican. Por ejemplo, la ley de adopción en materia civil o las leyes sobre sociedades y seguros que integran el Código de Comercio.

La aplicación del derecho común queda reservada a las autoridades locales. Por ello es que las Provincias y la Ciudad de Buenos Aires tienen sus propias normas de procedimiento, de acuerdo con la reserva efectuada en el artículo citado. A su vez, la interpretación de la legislación común, según ha dicho la Corte Suprema en numerosos precedentes, es facultad de los jueces locales y, por ello, no suscita cuestión federal salvo arbitrariedad.

c) Leyes locales

Estas normas son las que dicta el Congreso para los territorios nacionales, conforme la facultad que le ha sido conferida por el art. 75, inc. 15, la cual ha perdido toda importancia práctica a partir de la provincialización del último territorio bajo jurisdicción nacional, que dio lugar a la creación, por ley 23.775, de la nueva Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur. Sin embargo, queda en pie la disposición contenida en el art. 75, inc. 30, en cuanto faculta al Congreso a *"ejercer una legislación exclusiva en el territorio de la Capital de la Nación..."*, cuestión que desarrollamos en el capítulo dedicado a la Ciudad de Buenos Aires[23].

4. FUNCIÓN JURISDICCIONAL: EL JUICIO POLÍTICO

a) Introducción

El juicio político es un instituto propio de los regímenes presidencialistas, por medio del cual el Poder Legislativo, como depositario de la soberanía popular, tiene la potestad de control sobre los otros poderes del Estado, a los fines de efectivizar el principio republicano de la responsabilidad del funcionario público.

El constituyente de 1853 adopta el juicio político de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, la que, a su vez, lo toma del *impeachment* inglés, que ya era utilizado en las colonias inglesas para la destitución de los gobernadores. Sin embargo, la Constitución de Filadelfia le imprime un perfil diferente, fundamentalmente en lo que hace

(23) Capítulo VII.

a los sujetos pasibles de ser sometidos al procedimiento excepcional, las causales de destitución y los efectos de un eventual fallo condenatorio. Cabe recordar que el Parlamento británico poseía facultades amplísimas sobre todo funcionario nombrado por la Corona, las que incluían hasta la posibilidad de aplicar penas privativas de la libertad.

En el orden nacional, reconoce su antecedente en el juicio de residencia del período colonial, mediante el cual se juzgaba a los funcionarios públicos al finalizar en el ejercicio de sus cargos, con independencia de la conducta que hubieran observado durante la función, así como de la existencia de imputaciones en su contra.

A continuación analizaremos los aspectos fundamentales del procedimiento, tales como sus distintas etapas, los sujetos comprendidos por la disposición constitucional, las causales que lo motivan y los efectos del fallo condenatorio.

b) El juicio político en la Constitución Nacional

i) Cámara de Diputados. Acusación

La potestad acusatoria le corresponde con exclusividad a la Cámara de Diputados. Dispone el art. 53: "*Sólo ella ejerce el derecho de acusar ante el Senado al Presidente, vicepresidente, al jefe de gabinete de ministros, a los ministros y a los miembros de la Corte Suprema, en las causas de responsabilidad que se intenten contra ellos, por mal desempeño o por delito en el ejercicio de sus funciones, o por crímenes comunes, después de haber conocido de ellos y declarado haber lugar a la formación de causa por la mayoría de dos terceras partes de sus miembros presentes*".

Con carácter previo a la decisión, la Comisión de Juicio Político instruye un sumario sobre la base de las denuncias presentadas. Ella es la que investiga sobre la eventual configuración de las causales previstas en la norma y, en su caso, elabora un dictamen que eleva al plenario de la Cámara. Si en la votación se reúne la mayoría de los dos tercios de los miembros presentes, se formula acusación ante el Senado.

- *Sujetos afectados*

Son susceptibles de juicio político el Presidente, el Vicepresidente, el Jefe de Gabinete de Ministros, los Ministros y los miembros de la Corte Suprema.

Con anterioridad a la reforma de 1994 los jueces de los tribunales inferiores de la Nación también estaban sujetos a juicio político. Pero, la

modificación introducida mediante la institución del Consejo de la Magistratura y del Jurado de Enjuiciamiento en el ámbito del Poder Judicial —arts. 114 y 115, CN—, para el proceso de remoción de dicha categoría de magistrados, ha llevado a su exclusión del texto del art. 53[24].

A su vez, la reforma ha incluido a un nuevo sujeto pasivo: el Jefe de Gabinete de Ministros. Este funcionario también puede ser sometido a moción de censura, pero, como veremos más adelante, dicha institución es de diversa naturaleza, así como defieren las causales que pueden dar lugar a su adopción[25].

La Constitución originaria de 1853 incluía a los gobernadores de Provincia y a diputados y senadores. La modificación llevada a cabo en 1860, con la incorporación de la Provincia de Buenos Aires a la Federación, suprimió ambas categorías. Con relación a los primeros, porque se entendió que no resultaba compatible con el sistema federal su remoción por parte de un poder nacional; respecto de los legisladores, por considerarse que éstos podían ser destituidos por las propias Cámaras. A su vez, se incorporaron a la lista los jueces inferiores de la Nación.

La redacción actual es similar a la de los textos constitucionales de 1949 y 1972, salvo en lo atinente al jefe de gabinete.

Los antecedentes parlamentarios no registran ningún caso de juicio político contra un Presidente, Vicepresidente o Ministros del Poder Ejecutivo. Sí, en cambio, existen numerosos precedentes en que ha operado el enjuiciamiento respecto de jueces de los tribunales inferiores —previstos en el anterior texto constitucional—, así como de integrantes de la Corte Suprema.

Recordamos el caso del juicio político al Máximo Tribunal que tuvo lugar entre los años 1946 y 1947. En esa oportunidad, la Cámara Baja acusó ante el Senado al Presidente de la Corte y a sus otros ministros —con excepción del doctor Tomás Casares— y al Procurador General de la Nación. Con carácter previo, el doctor Repetto había renunciado a su cargo, y, si bien el Senado resolvió agotar los trámites del juicio, al sentenciar declaró su falta de jurisdicción respecto del ex ministro, en cuanto la renuncia le había sido aceptada por el Poder Ejecutivo antes de haber sido presentada la acusación de Diputados.

En el curso del año 2002, la Comisión de Juicio Político de la Cámara Baja llevó a cabo la investigación de los miembros de la Corte Suprema y elevó al plenario su dictamen favorable a la promoción del procedimiento excepcional, con el fin de destituir a todos los integrantes del Tribunal. Sin embargo, no se logró reunir la mayoría requerida para la acusación y el dictamen fue desestimado. Una de las razones fundamentales fue la de haber pretendido enjuiciar a la Corte Suprema como cuerpo y no a sus miembros de forma individual, conforme la conducta observada durante su ministerio. Asimismo, el alto grado de politización evidenciado, debido a los enfrentamientos entre las distintas fracciones políticas, determinó que la acusación no prosperara. A raíz de estos hechos, renunció a su cargo el ministro Bossert, curiosamente el que había sido menos cuestionado por los legisladores y por la opinión pública.

(24) Capítulo XVIII, *Consejo de la Magistratura y Jurado de Enjuiciamiento.*
(25) Capítulo XVI, *El jefe de gabinete.*

Al poco tiempo de iniciarse el nuevo gobierno, se impulsó nuevamente el juicio público a los integrantes de la denominada "mayoría automática" de la Corte "menemista". El único que resultó destituido fue el ministro Moliné O'Connor. Los jueces Nazareno y Vázquez decidieron renunciar con anterioridad a la acusación de Diputados. Por su parte, el doctor López presentó su renuncia antes de que la Comisión formulara imputaciones en su contra.

- *Causales*

Las causas previstas en la Constitución para la promoción del juicio político son tres: mal desempeño, delito en el ejercicio de la función o crímenes comunes.

En los dos últimos supuestos, se trata de conductas tipificadas penalmente y, si el Congreso así lo considera, el funcionario o magistrado en cuestión es removido de su cargo y sometido a la competencia de los tribunales judiciales.

Si bien la Constitución nada dice respecto de la inmunidad penal de los sujetos comprendidos en la norma, la praxis constitucional y la jurisprudencia les han extendido dicha prerrogativa, prevista de manera expresa sólo para los legisladores.

La doctrina de la Corte Suprema ha sido invariable en este aspecto. Ya en sus albores, tuvo oportunidad de expresar: "...El art. 45 de la Constitución general terminantemente dispone que sólo la Cámara de Diputados ejerce el derecho de acusar ante el Senado a los miembros de los tribunales inferiores de la Nación por mal desempeño o por delito en el ejercicio de sus funciones..."[26]. En fallos recientes, como ya lo señalamos, la doctrina se reitera[27]. Por ello, el juicio político funciona como

(26) *Ver, CSJN, "Bilbao", Fallos: 1:130.*
(27) En "Tortorelli", Fallos: 323:2114, sostuvo el Máximo Tribunal: "...Constituye un requisito indispensable para someter a un funcionario nacional a la jurisdicción de los tri-

antejuicio y rige en lo pertinente la ley 25.320 a la que hemos aludido cuanto nos referimos al desafuero[28].

En cuanto al mal desempeño, constituye éste un concepto jurídico indeterminado, que va a quedar en manos del Congreso precisar de manera discrecional en el caso concreto. Tales actos pueden incluir impericia o negligencia para el ejercicio del cargo, falta de idoneidad moral, e incluso inhabilidad psíquica o física. La apreciación de los motivos va cambiando con el tiempo en función de las valoraciones que surgen del criterio imperante a nivel social, si bien quienes deben considerarlos son los legisladores.

Bidart Campos es el autor que le ha dado una noción más amplia a esta causal al sostener que se trata exactamente a lo contrario de lo que se estima como un buen desempeño de parte de un funcionario público.

ii) Senado. Juzgamiento

El art. 59 asigna al Senado la facultad de "*...juzgar en juicio público a los acusados por la Cámara de Diputados, debiendo sus miembros prestar juramento para este acto. Cuando el acusado sea el Presidente de la Nación, el Senado será presidido por el presidente de la Corte Suprema. Ninguno será declarado culpable sino a mayoría de los dos tercios de los miembros presentes*".

Concluida la primera etapa del procedimiento con la acusación aprobada por la Cámara de Diputados, el Senado se constituye en Tribunal para el juicio propiamente dicho. A tal efecto, sus miembros deben prestar juramento de actuar con imparcialidad y rectitud.

El precepto dispone que el Presidente de la Corte Suprema presida el Senado cuando el acusado sea el Presidente de la Nación. Obviamente, la exigencia se justifica, pues, siendo el Vicepresidente de la Nación el presidente natural del Senado, su imparcialidad se vería afectada dado que es él quien sucedería al primer mandatario en caso de destitución.

El juicio debe ser público en todas sus etapas. Sólo se admite que la deliberación previa al dictado de la sentencia sea de carácter reservado. Pero, los senadores deben emitir su voto públicamente. Para la declaración de culpabilidad, se requiere la mayoría agravada de dos tercios de los miembros presentes.

---

bunales ordinarios (...) por actos realizados en el ejercicio de sus funciones, la previa destitución de aquél mediante el juicio político (...) o el cese en sus funciones...".

(28) Ver Capítulo XIV, *Privilegios parlamentarios.*

Durante todo el desarrollo del juicio, debe respetarse la garantía del debido proceso. Las reglas del procedimiento, a los fines de que el interesado tome conocimiento de la acusación, presente su defensa y ofrezca prueba —si así lo estima necesario—, se hallan contenidas en los reglamentos internos de las Cámaras y en el de las comisiones respectivas.

iii) El fallo condenatorio. Efectos

Según establece el art. 60 de la Constitución: "*Su fallo no tendrá más efecto que destituir al acusado, y aun declararle incapaz de ocupar ningún empleo de honor, de confianza o a sueldo en la Nación. Pero la parte condenada quedará, no obstante, sujeta a acusación, juicio y castigo conforme a las leyes ante los tribunales ordinarios*".

Tal como se observa, el efecto principal del fallo que declara la culpabilidad del acusado es la destitución del cargo del cual aquél era titular. A partir de ese momento, el destituido queda sometido a la jurisdicción de los tribunales ordinarios.

La declaración de inhabilitación permanente para ocupar cargos públicos, aunque se trate de empleos honoríficos, es otro de los efectos de la sentencia de condena.

El fallo del Senado, en caso de remoción, está sujeto a control de constitucionalidad, pero, sólo en lo relativo al cumplimiento de la garantía del debido proceso. Al respecto, el Máximo Tribunal sostuvo que "El Senado de la Nación constituye un órgano equiparable a un tribunal de justicia a los efectos de la admisibilidad del recurso extraordinario"[29] y que "Así como la Constitución, según su anterior redacción, deposita en manos del Senado la valoración de la conducta del magistrado —arts. 51, 52 y concs.— pone en los de la Corte, caso mediante, el control de que el proceso respectivo se haya ajustado a la garantía consagrada en el art. 18 de la Constitución"[30].

- *Efectos de la renuncia del funcionario sobre el juicio político*

Uno de los planteos más frecuentes es la facultad del Poder Legislativo de continuar con el juicio político en el caso de que el funcionario renuncie a su cargo. Los autores adoptan posiciones diferentes al respecto.

---

(29) Ver "Nicosia", Fallos: 316:2940.

(30) En "Trovato, Francisco c. Honorable Cámara de Senadores de la Nación", Fallos: 321:2339, se trató el caso de un magistrado sometido a juicio político durante el período de transición, posterior a la reforma de 1994.

La doctrina mayoritaria sostiene que la renuncia, formulada y aceptada con anterioridad a que la Cámara de Diputados presente la acusación ante el Senado, impide la promoción del juicio. Esta postura se funda en que el sujeto investigado debe estar en el ejercicio de sus funciones al momento de que se inicie la causa, pues, al constituir la finalidad del instituto la remoción del mal funcionario, el juicio deviene abstracto por falta de objeto si aquél cesa en su cargo antes de que la Cámara Baja declare haber lugar a la formación de la causa.

Algunos autores, sin embargo, entienden que la renuncia del funcionario, aceptada con anterioridad al fallo del Senado, provoca la culminación del juicio. Dice Bidart Campos: "el juicio político termina o agota su objetivo cuando el funcionario se separa o ya no está en el cargo"[31]. El fundamento de esta afirmación es que el único objeto del juicio político es la remoción del funcionario y no su castigo.

Nosotros creemos que la renuncia al cargo que desempeña el funcionario que está siendo objeto de juicio político no puede impedir la prosecución del proceso, que debe agotar su trámite independientemente del hecho de la dimisión del acusado, quien eventualmente será pasible de las consecuencias que el fallo le imponga. Si bien en tal supuesto la remoción carece de objeto, no sucede lo mismo con la inhabilitación absoluta. El Senado tiene la facultad de aplicar esta sanción por expresa letra de la Constitución. Pese a que el giro "aun" parece subordinar la sanción de inhabilitación a la previa destitución, no encontramos razón para que aquélla pueda declararse si el cese en las funciones operó por la renuncia del funcionario, en caso de que éste merezca un fallo condenatorio al finalizar la sustanciación del juicio.

5. ATRIBUCIONES DEL CONGRESO

A través del Poder Legislativo, la Nación ejerce gran parte del poder delegado por las Provincias, de conformidad con el art. 121 de la Constitución. Se trata de un abanico de potestades enumeradas en el art. 75, que hacen a los más variados campos de la actividad del Estado, como así también de cláusulas que fijan valores y metas y hasta derechos específicos.

Para una mejor comprensión de la competencia legislativa en nuestra Ley Fundamental, hemos agrupado las facultades que la integran de conformidad con la siguiente clasificación por materia:

(31) BIDART CAMPOS, GERMÁN, *Manual de la Constitución Reformada*, t. II, Ediar, 2001, p. 198.

a) Cuestiones económico - financieras (art. 75, incs. 1 a 9 y 11).

b) Competencias específicas que hacen al desenvolvimiento de la Nación en su conjunto (art. 75, incs. 10, 13 a 15 y 30).

c) Derecho de fondo (art. 75, inc. 12).

d) Derechos de los pueblos originarios (art. 75, inc. 17).

e) Organización del Poder Judicial (art. 75, inc. 20).

f) Relaciones de control del Poder Ejecutivo (art. 75, incs. 21, 25 y 26).

g) Tratados Internacionales. Nuevos derechos (art. 75, incs. 22 a 24).

h) Defensa y potestades militares (art. 75, incs. 16, 27 y 28).

i) Poderes de emergencia (art. 75, inc. 29 y 31 y art. 76).

j) Establecimientos de utilidad nacional (art. 75, incs. 30).

k) Cláusulas programáticas y de interpretación (art. 75, incs. 18 y 19).

l) Poderes implícitos (art. 75, inc. 32).

a) Cuestiones económico-financieras (art. 75, incs. 1 a 9 y 11)

El vasto catálogo de poderes en materia fiscal, aduanera y presupuestaria que recibe el Congreso conforma el régimen financiero de nuestra Constitución, área de especial análisis por medio de la relación entre derecho y economía. Acá nos encontramos con un campo en el que el principio de legalidad debe aplicarse con sentido estricto y que tiene sus antecedentes en los orígenes del constitucionalismo como es la Carta Magna británica de 1215.

Los primeros tres incisos de la norma han sido tratados en el Capítulo V, referente al Estado Federal, al que remitimos. A continuación veremos las restantes disposiciones referidas a la materia bajo análisis.

i) Empréstitos

Los empréstitos a los que alude el inc. 4º son préstamos que el Gobierno solicita, ya sea a personas físicas o jurídicas de derecho privado, a Estados extranjeros o entidades internacionales no gubernamentales. Esta facultad del Congreso está limitada a los casos de urgencia o para empresas de utilidad nacional, según lo dispone el art. 4º —que estable-

ce los medios que forman el tesoro federal—. Es decir, se requiere cierta excepcionalidad para recurrir a este mecanismo de financiamiento.

ii) Tierras fiscales

La venta de las tierras fiscales o el uso que debe otorgársele para la mejor conveniencia de la Nación —art. 75, inc. 5º— sólo pueden ser determinados por el Congreso. Esta facultad exclusiva del Legislativo también se relaciona con la formación del tesoro nacional al que aludimos en el párrafo anterior. Ello, como consecuencia de que el producido de dichas ventas es uno de los recursos que integran dicho tesoro.

iii) Banco Federal

La atribución conferida al Congreso para crear un Banco Federal facultado para la emisión de moneda constituye una de las modificaciones operadas por la reforma de 1994. La norma anteriormente vigente hacía mención de un banco nacional y sucursales.

El órgano que prevé el inc. 6º deberá, por su carácter federal, estar integrado por representantes de todas las Provincias y de la Ciudad de Buenos Aires, en virtud de su nuevo "status" constitucional.

La creación de esta nueva entidad bancaria modifica sustancialmente el régimen vigente hasta la sanción de la reforma constitucional y puede permitir en el futuro una intervención más directa de las Provincias en la política económica global, ya que el manejo de la emisión monetaria y del crédito resulta de fundamental importancia para su diseño.

Corresponde ahora al Congreso determinar la composición y forma de adopción de decisiones por este nuevo ente. Sólo el ejercicio de esta atribución nos dará el alcance de la reforma introducida en este aspecto sustancial de la política económica.

iv) Deuda interna y externa

El inc. 7º alude al pago de la deuda interior y exterior de la Nación como atribución del Poder Legislativo.

La deuda interior es aquella que se debe a personas radicadas en el país, mientras que la deuda exterior hace referencia a acreedores que habitan en el extranjero. La determinación del alcance de esta facultad, con relación a las potestades que le caben al Ejecutivo en este mismo

terreno, se ha manifestado como una preocupación particular de la vida de la Nación generadora de permanente atención, ya que la magnitud de nuestra deuda externa condiciona la definición de las restantes políticas del Estado.

El fenómeno de la deuda externa, como asunto de primera magnitud en sus dimensiones económica y política, generó, a partir del regreso del país al sistema democrático, una intensa negociación ante los organismos financieros internacionales y los principales Estados involucrados de parte de los primeros mandatarios y de sus colaboradores. Esta situación creó una dificultad en su relación con el Congreso ya que el verbo *"arreglar"*, utilizado en el texto constitucional, pareciera ubicar a este órgano en un lugar preponderante en la materia.

Sin embargo, el carácter colegiado que tiene el Legislativo le imposibilita llevar a cabo una tarea de esta índole. Además, su propia naturaleza la aleja del tipo de función que a él le cabe. Su papel lo cumple a través de la aprobación de lo negociado por el Ejecutivo, paso sin el cual la labor de éste pierde virtualidad. Esta solución acerca la cuestión a lo que acontece en materia de tratados internacionales, donde el marco de actuación de los dos poderes surge de una interpretación y de una dinámica de actuación conjunta que se asemejan a la conclusión que acabamos de realizar.

Dentro de este esquema no aceptable la delegación excesiva de facultades a favor del ejecutivo que se ha ido produciendo en esta materia, invocándose para ello la emergencia, la que ha ido desdibujando el papel del legislativo, que es fundamental en esta materia. Cabe recordar lo que ha expresado la doctrina sobre el alcance de esta atribución. Sánchez Viamonte sostenía que: "Este inciso confiere a las Cámaras legislativas la atribución de intervenir en las finanzas nacionales, para que los representantes del pueblo de la Nación en la Cámara de Diputados, y de las provincias en el Senado, fiscalicen el manejo de los fondos y vigilen las operaciones financieras de las cuales depende el honor de la Nación, su crédito exterior y la autoridad moral de su gobierno en el interior" (32).

Esta norma tiene su correlato en el art. I, sec. VIII, cl. 2ª de la Constitución Federal de los Estados Unidos, en concordancia con el art. VI, cl. 1ª y la enmienda XIV, sec. V, de la nombrada norma, la que también determina que es una facultad propia del Congreso de los Estados Unidos. Nuestra doctrina constitucional asimismo, sostiene que este inciso comprende "dos ideas: reconocer la deuda existente, externa e interna

(32) Conf. SANCHEZ VIAMONTE, CARLOS, *Manual de Derecho Constitucional*, Kapeluz, Buenos Aires, 1956, p. 242 y ss.

de Buenos Aires, extensiva a las demás provincias, y crear una facultad permanente del Congreso para el futuro"(33).

Es más que claro que las gestiones internacionales para el pago de la deuda exterior le corresponden al Ejecutivo, pero el Congreso es quien debe *"arreglar"* el pago de la deuda. Por lo tanto, bajo ningún aspecto el Poder Ejecutivo puede disponer libremente de los fondos de una entidad autárquica como el Banco Central de la República Argentina. Sostiene Bidegain que la "intervención del Congreso se realiza mediante un acto de aprobación de los 'arreglado', en principio por el Poder Ejecutivo (...) Por otra parte, compete al Congreso aprobar las erogaciones destinadas anualmente al pago de la deuda publica externa en ocasión de considerar el presupuesto de gastos y cálculos de recursos"(34).

v) Presupuesto

Las nuevas facultades del Congreso en materia presupuestaria importan una modificación al inc. 7º del art. 67 que con anterioridad se ocupaba del tema. En lo esencial se ha mantenido el esquema anterior, que decía así: *"fijar anualmente el presupuesto de gastos de la administración de la Nación y aprobar o desechar la cuenta de inversión"*. Con la reforma, el nuevo texto contenido en el inc. 8º ha quedado redactado de la siguiente manera: *"fijar anualmente, conforme a las pautas establecidas en el tercer párrafo del inc. 2º de este artículo, el presupuesto general de gastos y cálculo de recursos de la Administración nacional, en base al programa general de gobierno y al plan de inversiones públicas y aprobar o desechar la cuenta de inversión"*.

Es decir, la novedad consiste en el ajuste de esta facultad a la nueva mecánica en materia de impuestos en lo que hace a la distribución de competencias Nación-Provincias.

Asimismo, se agregan dos pautas para la elaboración del presupuesto. Recordemos que el presupuesto es un cálculo previo y exacto de los ingresos fijados por el Poder Legislativo para un período de un año, ya que éste es el plazo determinado constitucionalmente. En el derecho constitucional comparado, algunos países admiten los presupuestos plurianuales.

La ley de presupuesto comprende dos grande rubros: ingresos y egresos. Los ingresos involucran la potestad recaudatoria por vía impositiva,

(33) Conf. GONZÁLEZ, JOAQUÍN V., actualizado por QUIROGA LAVIE, HUMBERTO, *Manual de la Constitución Argentina*, La Ley, Buenos Aires, 2001, p. 381.

(34) Conf. BIDEGAIN, CARLOS MARÍA, *Curso de Derecho Constitucional*, t. IV, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001, p. 67.

mientras que los egresos importan autorizaciones para la realización de gastos e inversiones a las distintas reparticiones involucradas. La importancia de esta potestad corre pareja con la evolución que ha sufrido el papel del Estado en la actividad económica.

Giuliani Fonrouge considera que este fenómeno "ha determinado modificaciones sustanciales en el concepto del presupuesto. Así como aquél ha mudado su calidad de espectador transformándose en actor del proceso vital de la Nación, así también el presupuesto ha dejado de ser un mero documento de carácter administrativo y contable, para asumir la significación de elemento activo con gravitación primordial sobre las actividades generales de la comunidad. Podría decirse que ha adquirido una condición dinámica de que antes carecía, pues, si bien en su concepción tradicional el presupuesto equilibrado no era forzosamente neutral en sus repercusiones sobre la economía, la diferencia radica en que el efecto otrora admitido es ahora deliberado, intencional, de modo tal que ha pasado a ser un instrumento mediante el cual el Estado actúa sobre la economía"(35). Por ello Myrdal lo considera como "el instrumento técnico organizador (...), concebido como control de la contabilidad central al servicio de una red general de previsión y planificación económica del Estado"(36).

La elaboración del presupuesto involucra actividad ejecutiva y legislativa. En primer lugar, la etapa de preparación queda a cargo del Poder Ejecutivo (Ministerio de Economía-Secretaria de Hacienda); luego, el voto y sanción que se iniciará en la Cámara de Diputados (ver art. 52) y que importa su consideración por parte del Poder Legislativo, quien a través de estos actos ejerce una importante labor de control sobre el Ejecutivo; por último, la etapa de ejecución que nuevamente estará a cargo de la administración centralizada y descentralizada y para cuyo cumplimiento se deben seguir los pasos establecidos en la ley de contabilidad.

Desde el ángulo del Congreso, sus potestades en esta materia son indelegables en el marco de todo régimen democrático, ya que tienen por principales objetivos poner coto a la discrecionalidad del Ejecutivo, propender a la veracidad y clara comprensión del presupuesto, facilitando el control de su contenido y procurándose, al mismo tiempo, efectivizar el federalismo. La última parte de la cláusula contenida en el inc. 8º es un necesario complemento del anterior, ya que, si al Legislativo le corresponde exclusivamente autorizar los gastos públicos y si el Poder Eje-

(35) GIULIANI FONROUGE, CARLOS M., *Derecho Financiero*, vol. I, 3ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1982, p. 123.

(36) MYRDAL, D., *El Estado del futuro*, Fondo de Cultura Económica, México, 1961, p. 83.

cutivo debe recaudar las rentas de la Nación y decretar su inversión con arreglo a las leyes que sancionan esos gastos, es obvio dar a los representantes del pueblo y de las provincias la oportunidad de ejercer libremente el control respectivo. No olvidemos que en todo régimen representativo la responsabilidad es la regla.

vi) Subsidios a las Provincias

El otorgamiento de subsidios a las Provincias también se encuentra comprendido dentro de la actividad económico-financiera del Estado y constituye un mecanismo especial para lograr un adecuado equilibrio entre las distintas partes que integran nuestro sistema federal. Se trata de una atribución que no reconoce antecedentes en otros federalismos, comenzando por el de los Estados Unidos. Su inclusión se debe, fundamentalmente, a la necesidad que impuso esta suerte de ayuda o auxilio de la Nación en favor de las Provincias. Esta potestad de carácter excepcional se ha convertido en los hechos en una facultad de tipo ordinario tendiente a paliar las obligaciones financieras de numerosos estados locales, los que sin estos ingresos se verían imposibilitados de hacer frente a sus más esenciales necesidades. Es de esperar que el esquema de reparto que en lo sucesivo establezcan la Nación y las Provincias —de conformidad con las modificaciones que la reforma ha introducido— tienda a minimizar la importancia de estos apoyos financieros provenientes del tesoro nacional. Evolución que no se producirá hasta tanto no se plasmen los criterios de coparticipación impositiva contemplados en el inc. 2 de este artículo; como así también, desaparezca la voluntad omnímoda del Ejecutivo en la decisión y ejecución de estas cuestiones, lo que no se compadece con las características que debe exhibir un sistema republicano de gobierno.

b) Competencias específicas que hacen al desenvolvimiento de la Nación en su conjunto (art. 75, incs. 10, 13 a 15)

i) Libre navegación

La jurisdicción concedida a la Nación —inc. 19— en materia de libre navegación de los ríos interiores se encuentra vinculada con el art. 26, en tanto determina que aquélla *"es libre para todas las banderas, con sujeción únicamente a los reglamentos que dicte la autoridad nacional"*. Por este medio se busca impedir que por disposiciones locales pueda entorpecerse la circulación de bienes y el consecuente progreso general de la Nación. Pero, se deja librada a la reglamentación la forma de regular la circulación de buques de bandera extranjera por nuestros ríos. Se trata

de un sistema de coordinación de facultades dentro del sistema federal que sigue el mismo temperamento que utiliza la Constitución para otras cuestiones de índole interjurisdiccional que también le son delegadas a la Nación, como por ejemplo el comercio interprovincial que abordamos a continuación.

ii) La "cláusula comercial"

El inciso 13 le otorga al Congreso la potestad de *"reglar el comercio con las naciones extranjeras y de las Provincias entre sí"*. A la disposición se la conoce bajo la denominación de "cláusula comercial" y ella establece la jurisdicción federal en materia de comercio internacional e interprovincial. Lo primero en un todo de acuerdo con la potestad de la Nación en el campo de las relaciones internacionales. En lo que hace al comercio interior de cada provincia, debemos tener en cuenta que el art. 108 les concede a ellas la atribución de regularlo. Establecidas estas reglas, cabe precisar que en nuestro sistema jurídico ha sido difícil delimitar el alcance del término "comercio". Nuestra Corte Suprema ha tendido a extender ilimitadamente su sentido para ubicarlo en la amplia noción de "tránsito"[37]. De este modo, la jurisprudencia del alto tribunal ha posibilitado que una gran cantidad de relaciones quedaran bajo la jurisdicción nacional por el solo hecho de superar los límites de una Provincia. Así ha ocurrido con el transporte, las comunicaciones, la energía y las transacciones de la más diversa índole[38].

Consideramos que esta interpretación lata constituye, desde el campo del derecho, uno de los mecanismos que con mayor fuerza han atentado contra nuestro federalismo[39]. La presente cláusula, unida a las "de la prosperidad" —inc. 18— y a la de los "poderes implícitos" —inc. 32— han acentuado la enorme preponderancia que el nivel de gobierno nacional detenta en el interior de un sistema federal como es el nuestro, en el cual las fuerzas centrípetas predominan de una manera notoria[40].

---

(37) En el caso registrado en Fallos: 154:104, el Máximo Tribunal afirmó que "El vocablo comercio comprende, además del tráfico mercantil y la circulación de efectos visibles y tangibles por todo el territorio de la Nación, la conducción de personas y la transmisión por telégrafo, teléfono u otro medio de ideas órdenes y convenios" y definió el poder para regularlo como propio del Congreso Nacional.

(38) Entre muchos otros, ver Fallos: 317:397 en materia de legislación pesquera, y Fallos: 319:998, con relación a los servicios de radiodifusión.

(39) Ver Capítulo V.

(40) A modo de ejemplo, el Alto Tribunal sostuvo que la construcción de un camino nacional en jurisdicción provincial debe examinarse sobre la base de los incs. 13, 14 y 18 del art. 75 de la Constitución Nacional —anteriores 67, incs. 12, 13 y 16—, en ocasión de pronunciarse sobre una resolución municipal que prohibía la construcción de una estación de servicio sobre la Autopista Panamericana. LA LEY, 1998-D, 592.

El art. 125 sobre tratados parciales que pueden celebrar las provincias entre sí, sólo ha podido paliar muy levemente este estado de cosas marcado por la irrupción de la Nación en toda materia de naturaleza supraprovincial. La reforma, en el nuevo art. 124 introduce a la región como categoría constitucional de modo de concederles protagonismo a las provincias en cuestiones que superan el territorio de una sola de ellas.

iii) Correos nacionales

El inc. 14 de nuestro artículo determina que queda a cargo del Estado Nacional la prestación del servicio de correos nacionales. Tal es el motivo por el cual, entre los recursos del Tesoro Nacional, figura precisamente la renta de correos —art. 4°—. Si bien el Estado presta el servicio a través de una empresa nacional, en los últimos tiempos han aparecido un gran número de compañías privadas que concurren en su prestación. Asimismo, es de destacar que la regulación de los servicios propios de su correo interno es una atribución de las provincias; por este motivo en muchas de ellas existen empresas titulares de esta actividad.

iv) Límites internacionales e interprovinciales

La fijación de los límites internacionales es una atribución que recibe el Congreso en la medida que tiene a su cargo la aprobación de tratados internacionales —inc. 22—. Dado que la vía convencional es el modo natural de resolver este tipo de cuestiones, el Congreso se erige en un actor fundamental de conformidad con la distribución funcional con el ejecutivo que realiza el constituyente.

El arreglo de los límites entre las provincias es una potestad que el legislativo ha utilizado de un modo particular. Su intervención jamás tuvo por objeto la realización directa de tal tarea; siempre se tuvo como antecedente lo decidido por las provincias entre sí. En tal sentido, éstas han recurrido a los tratados del art. 125, entre otros caminos. La actuación del Congreso se ha dado *a posteriori* a efectos de ratificar lo convenido por las partes interesadas. La eventualidad de conflictos emergentes de reclamos no satisfechos es una materia de la competencia originaria —art. 117— de la Corte Suprema de Justicia, la que ha debido pronunciarse en varios litigios. Entre los más recientes, recordamos el caso del río Atuel, limítrofe entre las Provincias de Mendoza y La Pampa[41].

(41) Ver Fallos: 310:2478, "La Pampa, Provincia de c. Mendoza, Provincia de s/ acción posesoria de aguas y regulación de usos", 1987/12/03.

La creación de nuevas provincias se vincula directamente con la disposición contenida en el art. 13 de la Constitución, según la cual se requiere la concurrencia de las voluntades de las provincias involucradas y la del Congreso para la creación de una nueva Provincia, con miras a que no se vean afectadas las autonomías provinciales.

c) Derecho de fondo (art. 75, inc. 12)

El inc. 12 se refiere al denominado derecho común que integran los códigos de fondo. Se perfecciona a través de normas que por sus características constituyen códigos. Los códigos son leyes que regulan todos los contenidos propios a una determinada rama del derecho de una manera ordenada y sistemática siguiendo una metodología que va agotando los distintos temas. Para tener una idea del concepto del derecho de fondo recurriremos a Joaquín V. González quien expresa que "las leyes comunes o los códigos significan la Constitución extendida a las relaciones de los individuos, las corporaciones, del Estado mismo en su carácter de persona privada"[42]. Este tipo de normas son federales, pero su aplicación queda a cargo de los tribunales provinciales. Por ello la cláusula hace referencia a la no alteración de "las jurisdicciones locales". Por lo tanto, queda a cargo de las provincias el dictado de las normas de procedimiento correspondientes a cada uno de los códigos.

Asimismo, las controversias serán juzgadas por la justicia provincial de acuerdo a la organización que aquélla tenga, ya que nuestro art. 5° le reconoce al poder constituyente provincial autonomía en la materia; la única exigencia consiste en legislar al respecto. Esta solución del derecho constitucional argentino tiene su fuente en el pensamiento del Alberdi, quien pensaba que "el país que tuviese tantos códigos civiles, comerciales y penales como Provincias, no sería un Estado, ni federal, ni unitario. Sería un caos". La Constitución de los Estados Unidos de América les reconoce a sus estados la facultad de dictarse su propio derecho de fondo, lo que produce una gran disparidad normativa de uno a otro. Por ejemplo, en materia civil, a pesar de que el país del norte encuentra sus principios en el sistema del "common law", ello no le ha impedido al estado de Louisiana dictarse un Código Civil, cuya fuente principal es el Código Napoleón.

La reforma de 1957 agregó a los cuatro códigos citados el del trabajo y de la seguridad social; sin embargo, hasta la fecha no se ha dictado tal ordenamiento. Existen sí diversas normas en materia laboral y de

(42) GONZÁLEZ, JOAQUÍN V., *Manual de la Constitución Argentina*, 8ª ed., Angel Estrada y Cía., Buenos Aires, s/f, p. 462.

pensiones y jubilaciones que componen cuerpos normativos separados. Dada esta realidad, la reforma ha optado por añadir al texto anterior la aclaración de que ellos —los códigos— pueden presentarse en *"cuerpos unificados o separados"*. Si partimos de la pacífica definición de código que damos más arriba, veremos que la característica de esta forma de agrupar a las normas de modo sistemático se concreta en un tipo especial de unificación. Por ello, hubiese sido más fácil considerar a las leyes en materia de trabajo y de seguridad social como de derecho común en lugar de disfrazarlas a través de un calificativo que no les cabe.

En su segunda parte, el presente inciso se refiere a una serie de leyes federales. Estas normas son dictadas por el Congreso y aplicadas por la justicia federal, a diferencia de las de derecho común. No obstante, la ley sobre bancarrotas —actual 24.522 de concursos y quiebras— ha sido considerada como legislación común.

Por último, la reforma incluyó entre los principios en materia de nacionalidad la *"natural y por opción en beneficio de la Argentina"*, lo que actualiza el texto constitucional con la realidad legislativa vigente. Vale recordar que en esta materia el regreso a la democracia llevó rápidamente a la derogación de la ley 21.795 sancionada en 1978 por el proceso militar, derogatoria de la ley histórica en la materia Nº 346. Así se promulgó a fines de 1983 la ley 23.059 de "Ciudadanía y Naturalización", que reestableció a esta última actualizando su texto. Resulta por demás significativo que el primer Congreso de nuestra transición a la democracia, haya rápidamente dejado sin efecto una norma que contenía cláusulas abiertamente discriminatorias y por ende contrarias al sistema internacional de derechos humanos, al que la Argentina luego adheriría y por último, se le otorgara jerarquía constitucional a sus principales instrumentos internacionales.

Un interesante fallo[43] de la Corte Suprema, ha considerado la constitucionalidad de las constancias exigidas para la acreditación de la residencia continua por dos años, que es uno de los requisitos que la ley exige para que un extranjero pueda adquirir la nacionalidad argentina por naturalización. Luego de hacer un prolijo repaso de las vicisitudes de la normativa en esta materia, recuerda el espíritu de apertura que importó la inclusión de las cláusulas de los arts. 20 y la que se analiza de nuestra Constitución, las que reflejan el pensamiento de Sarmiento y Alberdi. Que éste se vio absolutamente en contradicción con el texto de la norma del proceso y se pone el acento en las intervenciones de los legisladores al momento de la sanción de la norma que repuso la ley histórica. Así la Corte considera que las exigencias impuestas por parte de la Dirección de Migraciones en el sentido de que era necesaria la demostración de haber

(43) "Ni, I - Hsing C. s/C. de ciudadanía (Recurso Extraordinario)", S.C. N.13, .XLII.

realizado actividades comerciales que tornasen legal la permanencia en el país para conseguir la acreditación solicitada, la que fuera convalidada por la alzada, no se compadecen con la ley. Por lo tanto decide revocar el fallo en tanto "las particularidades del caso dan muestra de un 'recto comportamiento durante un tiempo razonablemente suficiente para ponerlo a prueba y acreditar que responde a una leal voluntad de arraigo y subordinación a los principios rectores de la vida nacional, que habilite para invocar la garantía constitucional de permanecer en el territorio' (Fallos: 234:203). En tales circunstancias, pueden darse por satisfechos los fines que tuvo en mira el legislador (...)".

d) Derechos de los pueblos originarios (art. 75, inc. 17)

El art. 75, inc. 17, al igual que los incisos sobre tratados, contiene cláusulas relativas a cuestiones que integran la parte dogmática de la Constitución. En esta cláusula aparecen los derechos de los pueblos aborígenes, que poblaban el territorio argentino antes de su colonización. Se trata de una disposición que intenta saldar una antigua deuda del estado argentino con una parte de su comunidad, integrada por los descendientes de las antiguas poblaciones originarias. El contenido de la disposición importa un gran avance en la consideración de esta temática, ya que deja totalmente de lado la cultura paternalista y discriminatoria, consistente en la asimilación compulsiva de los pueblos originarios, por un criterio pluralista, encastrado en el principio de no discriminación, base del derecho internacional de los Derechos Humanos.

Ahora bien, esta noble disposición programática requiere de una aplicación efectiva, ya que de lo contrario se transforma en un contenido retórico y desprovisto de efectos jurídicos concretos.

También "denominados derechos originarios" o "étnicos" (Ordóñez Cifuentes), este plexo de derechos son de incidencia colectiva (...), pero de matices muy especiales. No se trata de un mero tránsito de lo individual a lo colectivo. Es una instancia superior en la que sus titulares son las comunidades, tribus, etnias, "naciones" o "pueblos indígenas", como los denomina la reforma de 1994, sin que ello implique desconocer la dimensión individual de los derechos de sus integrantes. El tratamiento diferencial, a través de estos derechos especiales, se justifica por sus fuertes vínculos culturales forjados a través de los tiempos anteriores a la formación de nuestra Constitución histórica y por el prolongado y continuo desprecio que los despojó de sus vidas, tierras y costumbres, hasta colocarlos en las deplorables condiciones actuales[44].

(44) QUIROGA LAVIÉ, H.; BENEDETTI, M. A. y CENICACELAYA, M., *Derecho Constitucional Argentino*, t. I, Rubinzal-Culzoni, abril de 2001.

e) Organización del Poder Judicial (art. 75, inc. 20)

El inc. 20 en su primera parte se refiere a una de las principales potestades que el Legislativo posee en relación con el Poder Judicial, esto es, la de "establecer tribunales inferiores a la Corte Suprema de Justicia". El Congreso ejerce un poder de organización de la justicia federal que consiste en:

- establecer los órganos de administración de justicia que se encuentran por debajo de la Corte Suprema en todo el territorio del país;
- distribuir las competencias entre ellos;
- dictar las normas de procedimiento, de conformidad con establecido en el art. 108 de la Constitución.

La creación y la supresión de empleos es una facultad derivada de la de aprobar el presupuesto, pues, dado que estas decisiones importan la realización de gastos, sólo el Congreso es el órgano autorizado para ello. Las pensiones de que habla este inciso son las denominadas graciables en razón de que no entran dentro de ningún régimen de seguridad social, ni tampoco deben realizarse aportes para hacerse acreedor a ellas. Son otorgadas a las personas o instituciones que se hacen merecedoras de aquéllas por haberse destacado en la realización de obras, o por haber descollado en alguna rama del saber, o por no poseer otro medio de subsistencia. Los honores consisten en las órdenes que sirven para luego distinguir o condecorar a personalidades nacionales o extranjeras que han prestado servicios importantes para el país. En lo que hace a las amnistías, éstas, a diferencia del indulto, tienen carácter general; es decir, no son individuales y, por lo tanto, se conceden de manera global a un número no determinado de beneficiados. Asimismo, se diferencia con aquél, por el hecho de que perdona la condena y hace desaparecer el carácter antijurídico del acto que ha sido objeto de sanción penal.

f) Relaciones de control del Poder Ejecutivo (art. 75, incs. 21, 25 y 26)

Las facultades del Congreso en caso de acefalía permanente del Poder Ejecutivo derivadas del inciso 21 son tratadas en el correspondiente punto del capítulo que dedicamos al Poder Ejecutivo —art. 88— , capítulo XVI, al que remitimos.

Los incisos 25 y 26 tienen que ver con las potestades militares del Congreso, cuyo ejercicio debe conjugarse con el de las correspondientes del Ejecutivo, e importan una clara fiscalización del primero sobre el segundo en esta materia tan crucial para la vida de un Estado.

g) Tratados Internacionales. Nuevos derechos (art. 75, incs. 22 a 24)

Los incisos 22 a 24 aluden a cuestiones que integran la parte dogmática de la Constitución. Se trata del régimen de los tratados internacionales y de nuevos derechos y libertades, así como de los principios fundamentales que hacen a su interpretación. Estas cuestiones las tratamos juntamente con aquéllas de la primera parte de la Ley Fundamental que les están directamente relacionadas[45].

h) Defensa y potestades militares (art. 75, incs. 16, 27 y 28)

i) Seguridad de las fronteras

El ex inciso 15 del art. 67 ha sido reemplazado por el actual inc. 16 del presente artículo. La redacción anterior a la reforma agregaba al texto actual, que ha quedado igual, *"conservar el trato pacífico con los indios y promover la conversión de ellos al catolicismo"*. Esta última parte de la cláusula ha quedado suprimida pues no responde de modo alguno a la realidad actual. Además, través de su propósito de asimilar compulsivamente a los *diferentes,* a quienes sólo se aceptan si se asemejan a nosotros, se contradice el propósito de reconocimiento que contiene la nueva disposición dedicada a los pueblos aborígenes ya comentada.

Sin embargo, al momento de la sanción de la Constitución existía una relación entre ambas partes del inciso. Ello, dado a que en aquel entonces no sólo existían las fronteras internacionales, sino también interiores, que eran las que separaban a los territorios ocupados por la población blanca y mestiza de aquellos habitados por los indios. En la actualidad, la supresión de esta última parte deja a la restante como un modo de reafirmar las potestades que el Legislativo recibe en materia militar —ver incs. 25 y ss.—.

La cuestión de los territorios nacionales a que alude la última parte del inciso 15 ha perdido toda importancia práctica a partir de la provincialización del último territorio bajo jurisdicción nacional que quedaba, con la creación, por la ley 23.775, de la nueva Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, la que se dictó su propia Constitución en mayo de 1991.

ii) Potestades militares

El art. 75, en sus incs. 27 y 28 trata de los poderes militares o de guerra otorgados al Legislativo de manera correlativa con los correspondientes

(45) Ver Capítulo VIII, *La parte dogmática de la Constitución Nacional.*

del Presidente —art. 99, incs. 12 a 15—[46]. Son las "atribuciones que la Constitución otorga al Congreso y al Presidente para atender las necesidades de la defensa nacional por un lado, y de la paz interior, por el otro"[47]. Nos ocuparemos de estas cuestiones cuando tratamos las atribuciones del Poder Ejecutivo —art. 99, incs. 12 a 15—[48].

i) Poderes de emergencia (art. 75, incs. 29 y 31 y art. 76)

El Congreso recibe jurisdicción en materia de estado de sitio —art. 23—, ya que él es quien lo debe declarar en caso de conmoción interior y, a su vez, es quien controla el ejercicio de esta facultad ejercida por el Ejecutivo durante su receso. Asimismo, luego de la reforma se completa el art. 6º en lo relativo a la determinación del órgano que interviene el territorio de una provincia, potestad que le es concedida al Congreso, quien debe *"disponer la intervención federal a una provincia o a la ciudad de Buenos Aires"*; y, de manera idéntica con lo que ocurre con el estado de sitio, debe *"aprobar o revocar la intervención decretada, durante su receso, por el Poder Ejecutivo"*[49].

Por último, el nuevo art. 76, obra del constituyente reformador del '94, constitucionaliza la facultad del Congreso de delegar parte de sus facultades en el Ejecutivo, de acuerdo a lo que analizaremos en el capítulo sobre este último, bajo la noción de decretos delegados[50].

j) Establecimientos de utilidad nacional (art. 75, inc. 30)

El inc. 30 del art. 75 hace referencia, en primer término, a las facultades del Congreso sobre la Capital. Esta cuestión es objeto de tratamiento en el Capítulo VII, en el cual analizamos la situación jurídica de la Ciudad de Buenos Aires luego de la reforma de 1994.

En segundo término, la cláusula alude a los denominados establecimientos de utilidad nacional. Al respecto, introduce una importantísima modificación que aporta una solución a una cuestión que, como luego veremos, fue objeto en el pasado de una larguísima polémica que se tradujo en una jurisprudencia errática en el tiempo por parte de la Corte Suprema y que no podía sino favorecer la inseguridad jurídica en la materia.

(46) Ver Capítulo XVII, *Atribuciones del Poder Ejecutivo.*

(47) BIDEGAIN, CARLOS M., *Cuadernos del curso de derecho constitucional*, t. IV, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1981, p. 126.

(48) Ver Capítulo XVII, *Atribuciones del Poder Ejecutivo.*

(49) Ampliar en Capítulos V y XII.

(50) Ver Capítulo XVII, *Atribuciones del Poder Ejecutivo.*

En el mismo sentido, Bidegain expresa que "no conocemos otra materia en que el tribunal haya cambiado su doctrina tantas veces y con tanta frecuencia, por lo general luego de la renovación total de sus miembros. Es un caso único en los anales del alto tribunal, que ha impedido afirmar, en todo momento, con absoluta certeza, que la jurisprudencia vigente fuera definitiva"[51]. Seisdedos, a modo de colofón de un detallado desarrollo sobre esta cuestión, concluye que "es imprescindible la reforma constitucional para finiquitar polémicas interminables que se prolongan desde hace más de un siglo"[52].

Los establecimientos de utilidad nacional son aquellos lugares adquiridos por la Nación a los fines de dar cumplimiento a determinados objetivos que hacen al interés general de la población. Con el propósito de lograr su concreción, el Gobierno federal ejerce jurisdicción sobre vastas extensiones en las cuales se han establecido puertos, parques, organismos militares, usinas hidroeléctricas, entre muchos otros tipos de emprendimientos. Manili los define como "aquellos espacios ocupados por edificios, dependencias, instalaciones o dispositivos destinados a poner en ejercicio competencias que la Constitución Nacional coloca en cabeza del gobierno federal"[53]

La polémica no se situaba en la consideración del instituto en sí mismo, sino en el alcance de la jurisdicción que ejerce la Nación dentro del espacio que ocupa este tipo de establecimientos. Alrededor de este tema se desarrollaron dos posiciones distintas, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, las que, como hemos dicho, variaban en el tiempo. A continuación, exponemos las bases de ambas teorías:

- *Jurisdicción exclusiva:* A través de una interpretación extensiva de lo establecido en la primera parte del inciso respecto de la Capital, se considera que sobre los lugares en los que se han creado los establecimientos, la potestad de la Nación posee el mismo alcance. Por lo tanto es excluyente de toda atribución de tipo provincial. De hecho, este temperamento conlleva la federalización de importantes porciones de territorio provincial, como así también de la explotación de un variado número de recursos que quedarían totalmente fuera de la autoridad de los poderes locales.
- *Jurisdicción concurrente:* Considera que la competencia normativa de la Nación sobre este tipo de establecimientos se encuentra

(51) BIDEGAIN, CARLOS M., *Cuadernos del curso de derecho constitucional*, t. III, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1980, p. 40.

(52) SEISDEDOS, FELIPE, *Establecimientos de utilidad nacional*, en: P. GUILHOU y otros, *Atribuciones del Congreso argentino*, Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 440.

(53) MANILI, PABLO L., *Establecimientos de utilidad nacional*, Universidad, Buenos Aires, 2004, p. 18.

directamente relacionada con los fines que han dado lugar a su creación. Por lo tanto, ella deberá limitarse al cumplimiento de aquéllos, quedando a cargo de las provincias el ejercicio de las potestades que, al no interferir con dichas finalidades, son retenidas por los estados locales, quienes tendrán por lo tanto su ejercicio. En apoyo de esta teoría, la Corte Suprema sostuvo: "si cada vez que la Nación adquiere inmuebles ubicados dentro de las provincias, a cualquier título, sea por compra, cesión o expropiación, para afectarlos a obras de utilidad nacional, pudiese ejercer sobre ellos una legislación exclusiva y excluyente, haciendo extinguir toda potestad provincial, se habría convertido en una simple ficción la memorable afirmación del juez Chase aplicable a nuestra forma federal: la Nación es una unión indestructible de estados indestructibles"(54).

La simple lectura de la nueva cláusula constitucional pone de manifiesto su clara adhesión a la teoría de la concurrencia de facultades en los establecimientos de utilidad nacional. La redacción empleada nos parece por demás feliz y sumamente comprometida con un federalismo de concertación. Asimismo, en concordancia con el nuevo texto del ex art. 106, art. 123 actual, que se pronuncia expresamente por la autonomía municipal, el constituyente de reforma ha considerado necesario indicar que la concurrencia no sólo existe en la relación Nación-Provincias, sino también entre éstas y sus municipios. Igualmente inspirada en la corriente doctrinaria que hemos citado, la disposición expresa la naturaleza de las potestades locales. Se trata de los poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos, en tanto *"no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines"*, es decir, de aquellos que dan fundamento a la creación de este tipo de establecimientos en el interior de las provincias. La solución adoptada se entronca también con los principios establecidos por la jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal en los casos "Brizuela" y "Vialco"(55).

---

(54) Ver LA LEY, 93-187. En el caso, una empresa con asiento en el Puerto Nacional de Santa Fe, opuso excepción de incompetencia a la demanda laboral promovida en su contra por tratarse de una zona sometida a jurisdicción nacional. La Corte Suprema sostuvo que la aplicación de la ley procesal provincial del trabajo en nada podía obstaculizar directa o indirectamente el fin nacional del establecimiento portuario y, por ende, no resultaba repugnante a lo dispuesto en el art. 67, inc. 37 de la Constitución.

(55) En Fallos: 296:432, la Corte Suprema —al confirmar el pronunciamiento del Tribunal del Trabajo que se declaró competente para entender en la demanda promovida por un obrero que realizaba sus tareas en un establecimiento ubicado dentro del perímetro del Puerto de La Plata— sostuvo que la legislación exclusiva que prevé el inc. 27 del art. 67 de la Constitución —actual inc. 30 del art. 75—, no autoriza a concluir que se haya pretendido federalizar esos territorios en medida tal que la Nación atraiga toda potestad incluida la administrativa y judicial, de manera exclusiva y excluyente. Esta doctrina es reiterada en "Vialco SA c. Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires" (Fallos: 301:1122) en una demanda tendiente a que se dejara sin efecto la resolución del tribunal fiscal y se declare exenta a la actora del impuesto de sellos local. El Alto Tribunal, al confirmar el decisorio impugnado, sostuvo que la legislación exclusiva debe entenderse condicionada por los fines de "utilidad nacional" y a ellos limitada; y no implica el total aniquilamiento de los poderes provinciales.

Por último, queremos destacar que también nos parece acertada la exclusión de la enumeración enunciativa de establecimientos a que hacía alusión la cláusula derogada. Ella hablaba de "fortalezas, arsenales, almacenes...", se trataba de una casuística para la cual se empleaba una terminología antigua y que en nada ayudaba a la comprensión de la disposición bajo examen, ni tampoco le agregaba ningún contenido particular.

k) Cláusulas programáticas y de interpretación (art. 75, incs. 18 y 19)

Los incs. 18 y 19 del art. 75, *"cláusulas del progreso"* y *"del nuevo progreso social"*, respectivamente, aluden a grandes objetivos de la Nación que deben ser puestos en marcha a través de medidas, leyes, decretos, políticas públicas. Pese a la distancia en el tiempo que separa a cada una de estas dos disposiciones programáticas, la primera data de 1853 y la segunda de 1994, ellas se complementan y conforman un sistema de valores que debe operar como una suerte de tamiz ideológico del que debe ser objeto cada una de las decisiones relativas a las restantes funciones que recibe el Congreso en este artículo.

La denominada cláusula de la "prosperidad o del progreso" contenida en el inc. 18, cuya redacción ha quedado intacta, pero que luego de la reforma se completa con el siguiente inciso al que aludimos cuando nos referimos a los derechos de incidencia colectiva —en la medida que importa el enunciado de grandes objetivos que hacen al bienestar general—, guarda una íntima relación con la nueva disposición.

La cláusula de la prosperidad contiene una serie de actividades que el Estado Nacional debe impulsar y que son concurrentes con las provincias, puesto que, conforme al art. 125, 2ª parte, éstas también pueden llevarlas a cabo, pero dentro de sus respectivos territorios. Quedan englobados en este inciso una gran cantidad de contenidos que hacen al cumplimiento del bien común e importan la realización por parte del Estado de todas aquellas acciones que justifican en gran medida su propia existencia. Muchos de estos objetivos guardan un correlato con los del preámbulo y su mera lectura permite reconocer su raíz alberdiana. Estos contenidos de los dos incisos constituyen una preciosa herramienta para la interpretación del sentido de numerosas cláusulas constitucionales que deben integrarse con ellos.

l) Poderes implícitos (art. 75, inc. 32)

El Poder Legislativo, juntamente con una serie de facultades que le son concedidas de manera expresa y que se encuentran contenidas principalmente en el presente artículo, recibe un "plus" integrado por aquellos medios o herramientas necesarios para la concreción de los poderes precedentes. A estas potestades, en la doctrina y en la jurisprudencia, se las conoce con el nombre de "poderes implícitos" en razón de que, como ha quedado dicho, no han sido el resultado de una atribución expresa de materias efectuada por el constituyente a favor del Congreso de la Nación.

El antecedente de la cláusula es el art. I, Secc. 8, cláusula 18 de la Constitución estadounidense que expresa: "El Congreso está facultado para dictar todas las leyes necesarias y convenientes en el ejercicio de las expresadas facultades, y todas las demás que esta Constitución confía al Gobierno de los Estados Unidos, o a cualquiera de sus departamentos o funcionarios".

Consideramos que se trata de un valioso enunciado que no sólo debe ser interpretado en relación con las potestades sustantivas del Congreso, sino también en función de las importantes atribuciones de control que le cabe. Ello, cobra especial importancia frente al ejercicio de potestades legislativas de parte del Ejecutivo. En esos casos la intervención del Congreso debe intervenir en todo momento de manera veloz. En particular, si se tiene en cuenta que se trata del ejercicio de facultades que le son propias por parte otro poder que como regla general tiene prohibido hacerlo. Por ello coincidimos con Quiroga Lavié, cuando al interpretar este inciso considera que los poderes implícitos no sólo se concretar a través de leyes o reglamentos, como dice la disposición. Para este tratadista se trata de una "interpretación gramatical no efectualista, que no encuentra justificación. Para controlar al Gobierno se tiene que investigar, y esto se debe poder realizar por medio de "resoluciones" que tengan carácter imperativo y fuerza obligatoria. El rechazo de la cuenta de inversión no precisa de una ley ni de un reglamento; tampoco otros actos de control, como el rechazo de un decreto de necesidad y urgencia, que no podrá ser vetado" (56).

Esta interpretación reequilibra el rol del Congreso y torna factible la limitación de la voluntad hegemónica de los presidentes, tan usual en el modelo "hiperpresidencialista" latinoamericano. Por ello, no dudamos que en época de receso, ante la no convocatoria a sesiones extraordinarias por parte del Ejecutivo, el Congreso puede autoconvocarse para ejercer toda función que como la de fiscalización de DNU, le permite cumplir con los altos fines a través de los cuales satisface el interés general del país.

(56) QUIROGA LAVIÉ, HUMBERTO, *Constitución de la Nación Argentina Comentada*, 4ª ed., Zavalía, Buenos Aires, 2007, p. 432.

BIBLIOGRAFÍA

- BIDART CAMPOS, GERMÁN, *Manual de la Constitución Reformada*, t. II, Ediar, 2001.
- BIDART CAMPOS, G. y CALOGERO PIZZOLO (h.), *Corte Interamericana - Opiniones consultivas, textos completos y comentarios*, t. I, Ed. Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1998.
- BIDEGAIN, CARLOS M., *Cuadernos del curso de derecho constitucional*, ts. III y IV, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1981.
- BIDEGAIN, CARLOS MARÍA, *Curso de Derecho Constitucional*, t. IV, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001.
- DÍAZ RICCI, SERGIO, *La Ley en la Constitución* en: GENTILE, JORGE H., *El Poder Legislativo*, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Buenos Aires, 2008.
- GIULIANI FONROUGE, CARLOS M., *Derecho Financiero*, vol. I, 3ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1982.
- GONZÁLEZ CALDERÓN, JUAN A., *Curso de derecho Constitucional*, 5ª ed., Kraft, Buenos Aires, 1997.
- GONZÁLEZ, JOAQUÍN V., actualizado por QUIROGA LAVIE, HUMBERTO, *Manual de la Constitución Argentina*, La Ley, Buenos Aires, 2001.
- GONZÁLEZ, JOAQUÍN V., *Manual de la Constitución Argentina*, 8ª ed., Angel Estrada y Cía., Buenos Aires, s/f.
- MANILI, PABLO L., *Establecimientos de utilidad nacional*, Universidad, Buenos Aires, 2004.
- MAQUEDA, JUAN CARLOS, *La formación y sanción de las leyes*, en: GENTILE, JORGE H., *El Poder Legislativo*, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Buenos Aires, 2008.
- MYRDAL, D., *El Estado del futuro*, Fondo de Cultura Económica, México, 1961.
- QUIROGA LAVIÉ, HUMBERTO, *Constitución de la Nación Argentina Comentada*, 4ª ed., Zavalía, Buenos Aires, 2007.
- QUIROGA LAVIÉ, H.; BENEDETTI, M. A. y CENICACELAYA, M., *Derecho Constitucional Argentino*, t. I, Rubinzal-Culzoni, abril de 2001.

- SANCHEZ VIAMONTE, CARLOS, *Manual de Derecho Constitucional*, Kapeluz, Buenos Aires, 1956.
- SEISDEDOS, FELIPE, *Establecimientos de utilidad nacional*, en: P. GUILHOU y otros, *Atribuciones del Congreso argentino*, Depalma, Buenos Aires, 1986.
- Ver SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO, *Elementos de derecho Constitucional*, t. I, Astrea, 1993.

CAPÍTULO XVI

PODER EJECUTIVO

PRIMERA PARTE

SUMARIO: 1. Estructura. Integración. a) Requisitos para ser elegido presidente y vicepresidente. b) Sueldo. c) Duración del mandato. Reelección.— i) Derecho comparado. i.1) Estados Unidos de América. i.2) Derecho público latinoamericano. i.3) Derecho público provincial. i.4) Europa Oriental. ii) La limitación temporal y la titularidad del Poder Ejecutivo.— 2. Forma de elección y forma de designación. a) Antecedentes. b) Sistema actual. c) *La doble vuelta. i) Concepto. ii) Características y consecuencias de su aplicación. iii) Experiencia argentina anterior a la reforma de 1994. iv)* El sistema incorporado a la Constitución. v) Omisiones del texto constitucional. vi) Disposiciones de la ley 24.444.— 3. El Vicepresidente. Funciones. a) El antecedente estadounidense. i) El papel del Vicepresidente. ii) La sucesión del Vicepresidente. b) Experiencias en América Latina. i) Cantidad de Vicepresidentes. ii) Funciones del Vicepresidente. iii) Acefalía vicepresidencial. c) El Derecho público provincial. d) Conclusiones.— 4. Acefalía del Poder Ejecutivo. a) Acefalía parcial y temporaria. b) Acefalía total y permanente. c) Omisiones. d) Necesidad de reforma.— *Bibliografía.*

En el presente capítulo abordaremos en primer lugar la estructura del Poder Ejecutivo, su integración, los requisitos para ser elegido presidente y vice. Analizaremos en especial, el sistema de elección, la duración del mandato y la reelección, temas centrales ya que constituyeron una de las causas de la reforma del '94.

En segundo término trataremos la acefalía total y permanente, importante por su recurrencia en nuestra historia institucional. Para concluir con el estudio de la figura del Vicepresidente, en la que nos detendremos en razón de las dudas que suscita su rol y competencia dada su ambigua ubicación institucional. Todo lo relativo al Jefe de Gabinete de Ministros y a éstos ha sido abordado en el Capítulo XIII, a cuya lectura remitimos.

1. ESTRUCTURA. INTEGRACIÓN

Cabe destacar que la composición unipersonal del Ejecutivo sólo la encontramos en el sistema presidencialista. Como hemos visto en el ca-

pítulo XIII al hablar de las formas de gobierno, esta modalidad tiene que ver son la evolución de la forma de gobierno en los Estados Unidos de América, país en el cual surgió el presidencialismo. El hecho de que el artículo utilice el término ciudadano en masculino, de ninguna manera debe ser interpretado como que veda el acceso a la presidencia a una mujer. Ello, sería contrario al principio de igualdad ante la ley e infringiría la Convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer; además, iría en contra de lo que establece el art. 37 CN que reconoce la igualdad entre mujeres y varones *"para el acceso a cargos electivos y partidarios"*.

El art. 87 define uno de los caracteres básicos de la forma de gobierno democrática adoptada para la Argentina, la modalidad de integración del Poder Ejecutivo. Allí establece que éste será ejercido por una única persona que se desempeñará con el título de *Presidente de la Nación*. La solución dada por el constituyente se compadece con uno de los rasgos más salientes del modelo presidencialista de gobierno. Por ello el artículo no deja lugar a ninguna duda de interpretación en lo que hace al número de personas que integran el órgano administrador, éste es monocrático y por lo tanto uno solo es su titular, en contraposición con lo que sucede en el parlamentarismo que presenta un Ejecutivo colegiado. Lógica consecuencia de la unipersonalidad es la concentración por el Presidente de la Nación de las calidades de Jefe de Estado y de Jefe de Gobierno, mientras que en el parlamentarismo éstas se encuentran divididas en cabeza del Presidente o del Monarca y del Primer Ministro, respectivamente. Asimismo, cabe observar que los ministros son meros asistentes del Presidente y éste los designa y remueve libremente. La situación del Vicepresidente la observaremos más adelante en un comentario especial. El constituyente de 1853 no tuvo alternativas frente al modelo presidencialista de la Constitución de Filadelfia, todos los antecedentes cercanos iban en esa dirección, además de los de la colonia. Palazzo[1] recuerda que Hauriou destaca que "la organización del Ejecutivo, a cuya cabeza está situado un Presidente, del que dependen estrictamente los ministros, y que es a la vez Jefe de Estado y Jefe de Gobierno, es el elemento más original de la Constitución americana"[2]. En el mismo sentido Duverger expresa que "el presidente de los Estados Unidos es el órgano más original de la Constitución; es justamente el que distingue a ésta de los

(1) PALAZZO, EUGENIO L, *La República, el Presidenciales, el Federalismo: Las opciones fundamentales de 1853*, en: *Estudios sobre la Constitución Nacional en su sesquicentenario*, Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 2003, ps. 516 y ss.

(2) HAURIOU, ANDRÉ, *Derecho constitucional e instituciones políticas*, Ariel, Barcelona, 1971, p. 455.

demás regímenes democráticos occidentales y el que le da su nombre de 'régimen presidencialista'"[3].

Asimismo cita a Hamilton quien "sostiene que el principio general de la autoridad ejecutiva es que fuera unipersonal y la analogía, entre las instituciones conocidas, debe efectuarse con el gobernador de una ex colonia (en concreto menciona el Estado de Nueva York) y no con un monarca hereditario. El coautor de "El Federalista", la obra que más inspiró a los redactores de la Constitución de los Estados Unidos de América, entendía que un Ejecutivo fuerte no era contrario al sistema republicano y subrayaba que: "al definir un buen gobierno, uno de los elementos salientes debe ser la energía por parte del Ejecutivo. Es esencial para proteger a la comunidad contra los ataques del exterior; es no menos esencial para la firme administración de las leyes; para la protección de la propiedad contra esas combinaciones irregulares y arbitrarias que a veces interrumpen el curso normal de la justicia; para la seguridad de la libertad en contra de las empresas y los ataques de la ambición, del espíritu faccioso y de la anarquía"[4]. No por casualidad Alberdi apoya este sistema fundándolo entre otros motivos en las autoridades existentes durante el dominio español que a nivel ejecutivo eran unipersonales, por ejemplo cita a la figura del virrey[5].

Pues bien, cabe tener en cuenta que la fórmula elegida se compadecía en gran parte con las situaciones reinantes por entonces en los países de América, los que atravesaban procesos de organización nacional luego de haber accedido a la independencia. La tarea que quedaba por delante era enorme y en ese marco la existencia de una figura fuerte al frente del poder administrador resultaba muy atractiva y casi irreemplazable. Frente a esa necesidad es interesante observar los caminos diferentes que atravesaron, por una parte, los Estados Unidos —creador del modelo—; y, por la otra, las nuevas repúblicas latinoamericanas, que lo volcaron, casi sin excepción, en sus respectivas leyes fundamentales. Mientras que el país del norte desarrolló un vigoroso sistema de frenos y contra pesos, hábil para contrarrestar los excesos de personalismo en la titularidad del Ejecutivo, en Latinoamérica, la realidad ha sido hasta tal punto diferente, que al modelo que allí se ha formado se lo ha dado en denominar "hiperpresidencialismo", precisamente para subrayar las desmesuras de presidentes que rebalsan sus esferas de competencia y poco a poco van destruyendo el principio de separación de poderes[6].

(3) DUVERGER, MAURICE, *Instituciones políticas y derecho constitucional*, Ariel, Barcelona, 1968, 328.

(4) HAMILTON, MADISON y JAY, *El Federalista*, Fondo de Cultura Económica, México, 1974, p. 291.

(5) ALBERDI, JUAN B., *Las Bases*, Capítulo XXV.

(6) El tema es desarrollado en el Capítulo XIII.

Pese a que uno de los objetivos fundamentales de la reforma de 1994 fue la atenuación del presidencialismo, el constituyente reformador decidió conservar la composición del Ejecutivo. Ello no obstante que varios de los miembros informantes de la convención aludieron a los antecedentes del Consejo para la Consolidación de la Democracia como fuente de las modificaciones encaminadas a satisfacer esa finalidad. Cabe destacar que tanto el Jefe de Gabinete de Ministros como los restantes ministros continúan siendo meros asistentes del Presidente. Por lo tanto podemos afirmar que la forma de gobierno argentina luego de la reforma de 1994 continúa bajo el perfil de una modalidad pura y no mixta, como el semipresidencialismo o alguna otra que combine elementos provenientes del presidencialismo y del parlamentarismo.

a) Requisitos para ser elegido Presidente y Vicepresidente

El art. 89 se ocupa de este tema y al respecto mantiene las mismas condiciones que contemplaba el art. 76. La última reforma mantuvo la redacción original de la Constitución histórica, a excepción del requisito relativo a pertenencia religiosa, ya que con anterioridad se exigía que el Presidente y el Vicepresidente formaran parte de la *"comunión católica, apostólica romana"*. Si bien la ley declarativa de la necesidad de la reforma fundó esta modificación en el objetivo de asegurar el principio de libertad de cultos, creemos que en realidad se logra un avance en materia de igualdad religiosa. La relación Iglesia-Estado según el art. 2º CN se ve configurada por un sistema de singulares características que se ubica en una posición intermedia entre la teocracia y el laicismo. Ello, dado que tal como expresa la mencionada cláusula, *"el gobierno federal sostiene el culto católico apostólico romano"*. Con la presente enmienda, la que se ve complementada con la supresión correlativa del juramento bajo los libros sagrados de esa misma confesión religiosa, nuestro régimen ha salido fortalecido en materia de igualdad religiosa de todos los habitantes de la Nación al permitirles acceder a la titularidad del Poder Ejecutivo, sin que para ello sea necesario que profesen un culto determinado.

La enmienda se vio precedida en 1966 por el Concordato celebrado por la Argentina con la Santa Sede que deja sin efecto el patronato, nombre con que se denominaba al sistema que regulaba las relaciones de nuestro país con el Vaticano. Ese instrumento importó de hecho una "mutación por sustracción" —recurriendo a la terminología de Bidart Campos—, ya que llevó a la derogación por desuetudo de las disposiciones constitucionales que regulaban al patronado. Luego de la reforma, el constituyente de 1994 derogó dichos contenidos los que por lo tanto han quedado formalmente sin efecto.

Un candidato a Gobernador de la Provincia del Tucumán para los comicios del 29 de junio de 2003 promovió acción de amparo y, en subsidio,

acción meramente declarativa tendiente a impugnar el art. 80 de la Constitución local, que exigía que el Gobernador electo jurase por los "Santos Evangelios", manifestando que no profesaba el credo católico, apostólico y romano. La Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de Tucumán, sala I, hizo lugar a la acción de amparo, declarando la inconstitucionalidad del precepto cuestionado (Cámara de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo de Tucumán, sala I, 2003/05/02).

Las restantes exigencias nos parece razonable que se mantengan salvo la relativa a la renta mínima que deriva de las condiciones para ser senador y que ha caído en desuso. Nos parece esclarecedor lo que expresa Jiménez sobre el particular, "este recaudo patrimonial se compadece con los criterios de la época en que se vinculaba a la ilustración con la riqueza. En ese contexto histórico, la renta era condición de idoneidad"[7]. En la actualidad ese razonamiento ha perdido toda su fuerza, de conformidad con un criterio democrático que debe ser respetuoso del postulado de la igualdad. Por lo tanto, hubiera sido útil que el constituyente de reforma eliminara esta exigencia tan arcaica.

El requisito de ser argentino o hijo de argentino nativo que ha optado por la nacionalidad argentina, sólo es necesaria para acceder a estos dos cargos. Su razón de ser se funda en motivos de orden histórico ya que así se permitía que pudieran acceder al cargo los hijos de argentinos que se habían visto obligados a exiliarse por motivos políticos. Esto debía posibilitar que los hijos de extranjeros que se vieron obligados a emigrar durante la administración de Rosas, pudiesen acceder a la presidencia de la Nación.

Si bien en la actualidad este motivo ha desaparecido nos parece pertinente que los argentinos hijos de nativos puedan llegar a la presidencia de la Nación si sienten que la argentina es su nacionalidad. Una mirada a nuestro pasado reciente pone de manifiesto situaciones similares a las que se produjeron en el siglo XIX, como producto de los golpes de estado. En el mismo sentido se sostiene que esta cláusula no ha perdido actualidad dados "los exilios por causas políticas del último gobierno militar, sumados a la tendencia de nuestra sociedad que, en las últimas décadas, parece convertirse en un país de emigración para infinidad de argentinos en busca de mejores posibilidades de trabajo en el extranjero". Más adelante se agrega que la disposición en comentario "luego de la reforma, empalma con la mención de la nacionalidad por opción del art. 75, inc. 12 parte 1ª CN"[8].

---

(7) JIMÉNEZ, EDUARDO P., *Derecho Constitucional Argentino*, t. III, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 44.

(8) QUIROGA LAVIÉ, H, BENEDETTI, M. A. y CENICACELAYA, M. de las N., *Derecho Constitucional Argentino*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2001, p. 1089.

b) Sueldo

El art. 92 [9] de la Constitución consagra el principio de intangibilidad del sueldo del Presidente y del Vicepresidente con la expresión: *"el que no podrá ser alterado en el período de sus nombramientos"*. Esta disposición se funda en la necesidad de independencia en el ejercicio del cargo, de conformidad con el principio de separación de poderes, a fin de evitar presiones provenientes de algún otro órgano vinculadas con la remuneración. La prohibición de alteración en nada impide la actualización del sueldo ya que frente a la desvalorización de la moneda se debe mantener el valor constante de la remuneración del Presidente y del Vice. Ello debería impedir la existencia de partidas para gastos reservados que atentan contra la transparencia que debe regir en un sistema democrático.

La segunda parte de la cláusula que se comenta les impide a estos funcionarios el ejercicio durante el transcurso de su mandato de "otro empleo, ni recibir ningún otro emolumento de la Nación, ni de provincia alguna". La finalidad de esta cláusula es reafirmar el principio de separación de funciones, pues se estimó que el Ejecutivo por su naturaleza, podía desbordar más fácilmente que los otros poderes su respectivo ámbito de competencia. A esto se agrega que se trata de cargos que exigen dedicación exclusiva. Cabe destacar que tampoco pueden recibir otro tipo de retribuciones cualquiera que sea su origen.

c) Duración del mandato. Reelección

El art. 90 [10] establece que *"el presidente y el vicepresidente duran en sus funciones el término de cuatro años"* (redacción producto de la reforma del '94), lo que importa el acortamiento en dos años de la duración del mandato, con relación al término anterior que era de seis. Contempla además la posibilidad de su reelección consecutiva. La reforma de 1994 persiguió dos objetivos fundamentales, ellos fueron: la reelección consecutiva del Presidente y del Vicepresidente, y la atenuación del presidencialismo, como una forma de morigerar a la primera. Por lo tanto, se modifica el sistema de la Constitución histórica que sólo admitía la

(9) Art. 92: "El presidente y vicepresidente disfrutan de un sueldo pagado por el Tesoro de la Nación, que no podrá ser alterado en el período de sus nombramientos. Durante el mismo período no podrán ejercer otro empleo, ni recibir ningún otro emolumento de la Nación, ni de provincia alguna".

(10) Art. 90: "El presidente y vicepresidente duran en sus funciones el término de cuatro años y podrán ser reelegidos o sucederse recíprocamente por un sólo período consecutivo. Si han sido reelectos o se han sucedido recíprocamente, no pueden ser elegidos para ninguno de ambos cargos, sino con el intervalo de un período".

reelección después de transcurrido un período para recién estar habilitado a presentarse a elecciones presidenciales. La Constitución Nacional es clara a la hora de establecer el sistema de sucesión en el ejercicio de la titularidad de la presidencia de la República y el régimen de reelección. Así, de la mera lectura del art. 90 CN se desprende que sólo está permitida una única reelección consecutiva del Presidente y del Vicepresidente. La letra constitucional incorpora a nuestro régimen los principios de alternancia en el ejercicio del gobierno y de periodicidad de los mandatos gubernamentales, los que constituyen principios esenciales del Estado de Derecho.

La alternancia en el ejercicio del poder se basa en la necesidad de evitar todo continuismo al frente del gobierno que importe una personalización contraria al "gobierno de las leyes". Este requisito adquiere particular importancia cuando se hace referencia al Poder Ejecutivo. Es precisamente en el interior del órgano administrador donde la inobservancia de esta regla puede provocar las situaciones más reñidas con los principios republicanos. El fenómeno se acentúa en el presidencialismo, ya que esta forma de gobierno sólo reconoce mecanismos absolutamente excepcionales para el acortamiento de los mandatos presidenciales que se encuentran en curso de cumplimiento. A lo que se agrega el carácter unipersonal de la composición del Ejecutivo, elemento que por sí solo constituye un riesgo en lo que hace a un ejercicio despersonalizado del poder. Gros Espiell advierte que "el continuismo indefinido —aun en el caso de que existan elecciones periódicas y teóricamente libres y puras y que el resto del sistema constitucional con sus correspondientes contralores políticos y jurisdiccionales funcione normalmente— genera peligrosos elementos personalistas y autocráticos que afectan negativamente la existencia de una democracia real"; nuestro autor agrega que "la no alternancia en el mando, en sí misma y por las necesarias consecuencias que provoca, hace peligrar la realización de comicios libres y sin fraude" [11].

El art. 91 CN [12] impide frente a una circunstancia fortuita toda posibilidad de extensión del mandato presidencial el cual concluye "el mismo día en que expira su período de cuatro años; sin que evento alguno que lo haya interrumpido, pueda ser motivo de que se le complete más tarde". Si la fuente de todo mandato electivo reside en la voluntad del pueblo que es quien lo ha concedido, sólo puede ser ejercido por el tiempo para

(11) GROS ESPIELL, H., *Alternancia en el Gobierno* en: *Diccionario Electoral*, I.I.D.H.-CAPEL, San José de Costa Rica, 1989.

(12) Art. 91: "El presidente de la Nación cesa en el poder el mismo día en que expira su período de cuatro años; sin que evento alguno que lo haya interrumpido, pueda ser motivo de que se le complete más tarde".

el cual ha sido otorgado. Toda voluntad distinta que quisiera extenderlo por un período más prolongado, está arrogándose para sí los derechos del electorado y en consecuencia provocando una discontinuidad constitucional. Esta cláusula consagra el carácter temporario de todo mandato popular, el que actúa como una suerte de antídoto a la personalización y a la ilimitación en el tiempo en el ejercicio del poder.

En un sistema presidencialista como el nuestro —a diferencia de lo que ocurre en los parlamentaristas—, los mandatos son por períodos fijos y predeterminados: cuatro años el presidente, cuatro los diputados, seis los senadores. Por lo tanto, los plazos de los mandatos están establecidos en la CN y sólo pueden modificarse mediante su reforma. De este modo, el llamado a elecciones anticipadas del presidente Duhalde de julio de 2002 careció de sustento constitucional. Su mandato derivó de la Asamblea Legislativa, que en función de lo prescripto por la Ley de Acefalía 20.972[13], lo designó para completar el período del presidente De la Rúa. Duhalde entonces, tenía dos opciones: o completaba ese período, que debía finalizar en diciembre de 2002, o renunciaba. Lo que no podía era alterar a su criterio las bases jurídicas que emergen de la Constitución, de la Ley de Acefalía y de la decisión de la Asamblea Legislativa que lo había ungido. Sin embargo, esto fue lo que ocurrió con el dictado del dec. 1399/02, por el que se convocó a elecciones para el 30 de marzo de 2003 para Presidente y Vicepresidente de la Nación. En esa oportunidad, la emergencia y su buen desenlace confirieron ciertas circunstancias atenuantes a lo decidido, pero hacemos votos para que ninguna autoridad utilice este acto como un precedente para futuros desatinos institucionales.

i) Derecho comparado

i.1) Estados Unidos de América

De conformidad con lo expresado precedentemente, analizaremos la cuestión en el ámbito de los países presidencialistas. La Constitución

(13) Ley 20.972, B.O. 1975/07/22, modificada por ley 25.716, B.O. 2003/01/08. La ley 20.972 fue la aplicada a fines de 2001 y principios de 2002 tras la renuncia del presidente De la Rúa. *Acefalía Presidencial en la Constitución Nacional*: "Art. 88. En caso de enfermedad, ausencia de la Capital, muerte, renuncia o destitución del presidente, el Poder Ejecutivo será ejercido por el vicepresidente de la Nación. En caso de destitución, muerte, dimisión o inhabilidad del presidente y vicepresidente de la Nación, el Congreso determinará qué funcionario público ha de desempeñar la Presidencia, hasta que haya cesado la causa de la inhabilidad o un nuevo presidente sea electo". "Art. 75. Corresponde al Congreso (...) "Admitir o desechar los motivos de dimisión del presidente o vicepresidente de la República; y declarar el caso de proceder a una nueva elección".

de los Estados Unidos de América consagra al presidencialismo como forma de gobierno en 1787 y en el siglo siguiente las Constituciones de América Latina lo adoptarán de manera prácticamente unánime. La Carta Magna de los Estados Unidos nada establecía en materia de reelección presidencial. Sin embargo, Georges Washington quien fue su primer presidente, luego de concluir su segundo mandato consecutivo, decidió no presentarse a un tercero y en lo sucesivo este temperamento se transformó en una verdadera costumbre constitucional. Franklin D. Roosevelt dejó de lado esta modalidad y fue presidente desde 1933 a 1945 cuando falleció en ejercicio del poder después de haber sido reelecto en 1944. Más allá de las circunstancias que motivaron el nuevo temperamento que se le dio a la cuestión, y de que Roosevelt haya sido una figura venerada, poco después de su experiencia se consideró que su repetición podía ser peligrosa para el futuro institucional del país. Por ello se impulsó la Enmienda XXII promulgada en 1951 que establece que el titular del Ejecutivo sólo puede ser reelecto por una sola vez, con lo que eventualmente podrá completar un período total de ocho años al frente del Poder Ejecutivo, cumplido el cual no podrá nunca más presentarse para un tercer mandato.

i.2) Derecho público latinoamericano

En Latinoamérica, el principio de no reelección del Presidente de la Nación se erige en prácticamente el único mecanismo efectivo, encaminado a evitar la perpetuación en el ejercicio del poder. Así lo entendió Alberdi cuando fundamentó sabiamente la no reelección consecutiva del primer mandatario, y más adelante el axioma ganaría en severidad cuando la Constitución mexicana introduce en 1917 la cláusula de la no reelección absoluta, modalidad que retoma el constituyente costarricense. La transición democrática iniciada en numerosos países latinoamericanos a finales de la década del 70, significó para muchos de ellos el cambio de sus respectivas leyes fundamentales. En lo que hace a nuestro tema, las flamantes disposiciones se enmarcan de manera prácticamente unánime en la senda no reeleccionista del titular del Poder Ejecutivo. Así ocurre en las nuevas Constituciones del Ecuador, Guatemala, El Salvador, Haití, Paraguay, Colombia, Brasil, Chile, Honduras y Bolivia. En la mayoría de los casos se toma como modelo la variable de la Constitución mexicana. La Constitución de Honduras pone de manifiesto la convicción con que ha sido adoptada esta práctica. En ella se expresa el principio de no reelección absoluta del Presidente para luego precisar, que quien *"quebrante esta disposición o proponga su reforma, así como aquéllos que lo apoyen directa o indirectamente, cesarán de inmediato en el desempeño de sus respectivos cargos y quedarán inhabilitados por diez años para el ejercicio de toda función pública"* (Constitución de Hondu-

ras de 1982, art. 239). La claridad de la disposición nos inhibe de todo comentario.

Sin embargo, a partir de la década del 90 esta sabia modalidad se irá diluyendo. En efecto, la iniciativa contraria a este principio se produce en el Perú y ello nos parece por demás elocuente, en el país andino en 1979, luego de la caída del régimen militar, se sanciona una nueva Constitución. En ella aparece el principio de no reelección absoluta, el que es modificado en 1993 a instancias de Fujimori. El único gobernante latinoamericano que desde la "nueva ola democrática" consigue mantenerse en el poder luego de un golpe institucional, es precisamente quien produce el cambio en la solución no reeleccionista adoptada de modo unánime en todas las restauraciones democráticas de nuestro continente. Desgraciadamente este ejemplo es seguido en 1994 por la Argentina. Pero la tendencia no se detiene allí. La reforma de la Constitución del Brasil en 1997, también incluye esta posibilidad. Así ocurre también en 1998 en Venezuela, cuya Constitución precedente sólo permitía una reelección cuando había transcurrido el tiempo de dos mandatos presidenciales[14]. Inclusive en Colombia, adonde la reelección presidencial había sido prohibida en un plebiscito en 1958, es permitida por una reforma constitucional en 2004. Curiosa es la situación de Costa Rica, ya que la Sala Constitucional de la Corte Suprema revocó el 4 de abril del 2003 una reforma a la Constitución de 1969 que prohibía la reelección presidencial. La Sala dijo que la Asamblea Legislativa no puede limitar los derechos otorgados por la Asamblea Constituyente de 1949 y la resolución se aprobó con cinco votos a favor y dos en contra. El fallo generó el rechazo de diversos sectores del país, los cuales alegan que, por tratarse de una reforma a la Constitución, ésta debió haber sido aprobada por el Congreso y no por la Sala. Por último la Convención Constituyente ecuatoriana ha seguido el mismo temperamento en 2008.

La *reelección* actualmente es contemplada en varios países de América de la manera siguiente:

- Argentina: Constitución de 1º de mayo de 1853, reformada nuevamente el 23 de agosto de 1994. *Reelección* por un solo período consecutivo. Nueva posibilidad de *elección* con el intervalo de un período. Artículo 90.
- Bolivia: Constitución de 5 de agosto de 1994. Nueva *elección* por una sola vez después de haber transcurrido cuando menos un período constitucional. Artículo 87.

(14) Es de recordar que en este país en 2007, el presidente Chávez intentó introducir la modalidad de la reelección consecutiva ilimitada, pero perdió el referéndum en el que la misma debía ser aprobada.

- Brasil: Constitución de 5 de octubre de 1988, reformada en 1996, 1997 y 1999. Se reconoce la posibilidad de *reelección* presidencial para un segundo mandato (a partir de la modificación de la Constitución brasileña de febrero de 1997). Artículo 82.
- Colombia: Constitución de 18 de julio de 1991, reformada en 2004. *Reelección* por un solo período consecutivo. Artículo 197.
- Costa Rica: Constitución de 7 de noviembre de 1949, modificada. Prohibida la *reelección* de manera definitiva. Artículo 132.
- Chile: Constitución de 21 de octubre de 1980. No *reelección* para el período siguiente. Artículo 25.
- Ecuador: Constitución de 5 de junio de 1998. Posibilidad de *reelección* presidencial luego de transcurrido un período después de aquél para el cual fue reelegido.
- El Salvador: Constitución de 16 de diciembre de1983, reformada en 1991. Prohibida la *reelección* presidencial consecutiva, aunque se posibilita la *reelección* tras un período presidencial de cinco años. Artículo 152.
- Estados Unidos de América: Constitución de 7 de septiembre de 1787. Enmienda XXII. Sección 1. Ninguna persona podrá ser electa más de dos veces para el cargo de presidente como tampoco quien haya desempeñado el mismo cargo más de dos años de un período para el cual otra persona haya sido electa presidente, podrá ser elegido más de una vez para este cargo.
- Guatemala: Constitución de 31 de mayo de 1985. Prohibida la *reelección* o prolongación del período presidencial de manera definitiva. Artículo 187.
- Haití: Constitución de 10 de marzo de 1987. Prohibida la *reelección* para el período inmediato y el beneficio de la prolongación del mandato. Para la asunción de un nuevo mandato debe ser después de un intervalo de cinco años. En ningún caso se puede pretender un tercer mandato. Artículo 134.3.
- Venezuela: Constitución de 17 de noviembre de 1999. Posibilidad de *reelección* presidencial de inmediato y por una sola vez, para un período adicional. Artículo 230.
- México: Constitución de 5 de febrero de 1917, reformada y adicionada. Prohibida la *reelección* de manera definitiva. Artículo 83.
- Nicaragua: Constitución de 9 de enero de 1987, reformada en 1995. *Reelección* prohibida después del ejercicio por dos períodos

presidenciales o ejercido la presidencia en cualquier tiempo en que se efectúa la *elección* para el período siguiente. Artículo 147.

- Panamá: Constitución de 11 de octubre de 1972, reformada en 1978, 1983 y 1994. Prohibida la *reelección* hasta después de dos períodos presidenciales inmediatamente siguientes. Artículo 173.

i.3) Derecho público provincial

Frente a este panorama la Argentina es un claro ejemplo de lo que no dudamos en considerar como un retroceso en materia institucional. Tanto a nivel nacional, como hemos visto, como en el plano provincial el derecho público ha llevado de manera paulatina y sostenida a la adopción de la variable reeleccionista de los titulares de los poderes ejecutivos. La corriente tiene lugar en dos niveles: primero, en las nuevas Constituciones provinciales sancionadas desde 1986; luego, como propuesta de modificación de la Constitución Federal la que por último queda consagrada en el texto constitucional. A nivel provincial, la mayoría de las provincias admiten la reelección de sus gobernadores y vicegobernadores bajo dos modalidades. La primera, que es la más utilizada, contempla la posibilidad de una única reelección inmediata[15] y es la que adoptan las Cartas Magnas de San Juan, Córdoba, Río Negro, Tierra del Fuego, Formosa, Chubut, La Pampa, Chaco, Buenos Aires, Neuquén, Tucumán, Corrientes, Salta, Santiago del Estero y Jujuy. También presenta esta modalidad la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. La Rioja, Catamarca y San Luis, adoptaron la reelección consecutiva ilimitada que luego fue modificada, de resultas del fallido intento de incorporar este temperamento a la Constitución de Misiones en 2007, oportunidad en que fue rechazado por el pueblo convocado a un referéndum confirmatorio. Sin embargo, las Constituciones de Formosa y de Santa Cruz prevén esa modalidad. Mendoza, Santa Fe y Entre Ríos, son las únicas provincias cuyas Constituciones no posibilitan la reelección consecutiva de sus gobernadores y vicegobernadores.

i.4) Europa Oriental

La transición democrática que se produce en Europa Oriental en los países que integraban el Pacto de Varsovia, transforma a sus formas de

(15) La cláusula tipo es la siguiente: *El Gobernador y Vicegobernador pueden ser reelectos o sucederse recíprocamente, por un nuevo período únicamente. Si han sido reelectos o se han sucedido recíprocamente, no pueden ser elegidos para ninguno de ambos cargos, sino con intervalo de un período.* Esta ha sido tomada de la Constitución Nacional.

gobierno en diferentes modalidades de semipresidencialismo, de conformidad con los modelos de Francia (Constitución de 1958) y de Portugal (Constitución de 1986). Dentro del marco de este sistema que combina elementos extraídos del presidencialismo y del parlamentarismo, no preocupa la cuestión de la reelección de sus presidentes, quienes tienen un esquema acotado de potestades —al menos en el texto de las Constituciones—, e integran un Ejecutivo colegiado. Sin embargo, nos parece interesante destacar que tal como lo demuestra el cuadro siguiente, los constituyentes de esos Estados, han decidido poner límites a la reelección del Presidente, la que queda reducida a un solo período consecutivo.

	VOTO	PERÍODO	REELECCIÓN
Bielorrusia	Directo	5 años	2 períodos
Bulgaria	Directo	5 años	2 períodos
Eslovaquia	National Council	5 años	2 períodos consec.
Hungría	*Elegido por* Parlamento	5 años	2 períodos
Moldavia	Directo	4 años	2 períodos consec.
Polonia	Directo	5 años	2 períodos
República Checa	Directo	5 años	2 períodos consec.
Rumania	Directo	4 años	2 períodos consec.
Rusia	Directo	4 años	2 períodos consec.
Serbía	Directo	5 años	2 períodos consec.
Ucrania	Directo	5 años	2 períodos consec.

ii) La limitación temporal y la titularidad del Poder Ejecutivo

En materia de derechos políticos hemos de remitirnos a algunos conceptos básicos para distinguir entre sufragio activo y sufragio pasivo. Respecto al primero el derecho vigente debe asegurar a todos los ciudadanos su calidad de electores, siempre que no se de alguna de las causales excepcionales, que les impidan sufragar en los distintos comicios de elección de autoridades. En el otro aspecto del derecho, es decir a ser elegido, pueden darse requisitos distintos de fuente constitucional según cual sea el cargo que se aspire ocupar. En el caso del ejercicio del Poder Ejecutivo, se trata de evitar que un mismo titular pueda acceder de manera continuada e ilimitada en el tiempo. Esta limitación temporal es uno de los elementos que definen el perfil institucional del órgano en cuestión, el que se estableció en aras de satisfacer el interés general de la comunidad. La determinación del término del mandato constitucional y

el número de veces en que una misma persona pueda acceder a la presidencia de la Nación, de ningún modo operan como una forma de proscripción. Estas exigencias son establecidas teniendo en cuenta el bien común, el derecho de los miembros de la comunidad a ser gobernados de conformidad con los postulados de la democracia, y debiendo ejercerse el derecho a postularse como candidatos a ser electos y reelectos para un determinado cargo, de acuerdo a las normas que reglamentan su ejercicio.

De alguna manera se busca mantener el Estado de Derecho. En relación con las nociones de igualdad y de no discriminación de acuerdo con lo estipulado en los tratados internacionales con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 CN), la Corte Interamericana de Derecho Humanos ha determinado que "la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de los derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza"[16]. Más adelante la Corte sostiene que "sin embargo, por lo mismo que la igualdad y la no discriminación se desprenden de la idea de unidad, de dignidad y naturaleza de la persona, es preciso concluir que no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana". Por último, en lo relativo a la invocación de los tratados sobre derechos humanos, se debe tener en cuenta que éstos "al obligar a la efectividad de los derechos políticos en jurisdicción interna de los Estados, prevén el derecho electoral activo y pasivo para impedir su cercenamiento, pero no tienen —ni por lejos— la finalidad de prescribir cómo han de ser las estructuras concretas de poder ni son hábiles, por ende, para autorizar o vedar la reelección. Que quien está —o ha estado— en ejercicio del poder pueda o no pueda ser reelecto, abre un espectro de modalidades y de variantes que cada Estado queda en disponibilidad para asumir a criterio —siempre razonable— de lo que su derecho interno —en primer lugar, su Constitución— decide. Tales tratados regulan derechos políticos y electorales, pero no diseñan una estructura de poder. Las normas constitucionales que vedan o limitan las reelecciones *no lastiman ni el derecho a ser elegido de quienes no pueden serlo, ni el derecho a elegir de los que desearían la reelección, ni los derechos*

(16) CIDH, Opinión Consultiva 04/84.

humanos emergentes de tratados internacionales, ni el poder electoral del pueblo que confiere legitimidad de origen a los gobernantes, ni la igualdad constitucional prohibitiva de discriminaciones arbitrarias, ni el derecho de los partidos a proponer candidaturas al electorado"[17].

Esta decisión deja sin argumentos a quienes para lograr reelecciones ilimitadas acuden al argumento fácil de que lo contrario importaría una forma de discriminación que importa proscribir a quien no se le permite ser candidato nuevamente. Cabe recordar que en América Latina las reelecciones consecutivas indefinidas han permitido la instalación de regímenes contrarios a los principios democráticos que, bajo una mera formalidad de Estado de Derecho, han marcado el advenimiento de variadas formas dictatoriales.

2. Forma de elección y forma de designación

a) Antecedentes

La reforma constitucional de 1994 ha adoptado la forma directa de elección del Presidente y del Vicepresidente, dejando sin efecto el sistema de juntas o colegios electorales que había regido desde 1853/60. Se trataba de una designación a través del sufragio indirecto del electorado, el que era convocado cada seis años a elegir a los miembros de los colegios quienes en cada distrito serían luego los responsables de la designación del titular del Poder Ejecutivo y del Vicepresidente. Sin embargo, cuando no surgía de dichos colegios la voluntad mayoritaria a favor de una fórmula de candidatos, la elección la debía efectuar el Congreso de la Nación. Es decir que se trataba de un proceso de elección compuesto según fuera el caso, de dos o de tres etapas. El empleo de un procedimiento indirecto de elección fue adoptado por las Constituciones del siglo XIX, herederas del constitucionalismo clásico.

Esta concepción fue defendida por importantes pensadores e incorporada en la Constitución de los Estados Unidos de 1787 (art. II, sección I). La designación indirecta e independiente del titular del Poder Ejecutivo, en primer lugar, aseguraba la separación a ultranza de los poderes, propia del presidencialismo, forma democrática desconocida hasta ese entonces. En segundo término, se consideraba que la elección del titular del Ejecutivo no debía surgir del sufragio directo de los ciudadanos, sino que éstos debían elegir a los integrantes del órgano de segundo grado, encargado de designarlo en su representación. Estos "grandes electores" tendrían a su cargo la realización de tan trascendental tarea a

(17) BIDART CAMPOS, G. J., ED, 153-1041.

efectos de impedir que primara la pasión sobre la reflexión, los intereses particulares sobre el interés general, el encono sobre el espíritu acuerdista y conciliador. Por ello, los electores debían actuar desprovistos de toda directiva extraorgánica, de acuerdo a su propia voluntad, es decir en cumplimiento de un mandato libre y no imperativo. A esta modalidad indirecta también se la relaciona con la necesidad de conciliar la forma federal con la elección del presidente y vice. Se trata de impedir que un candidato sea impuesto exclusivamente por la decisión de los electores de los distritos más poblados en detrimento de las provincias pequeñas y medianas. De este modo el mecanismo de elección indirecta debe actuar como un mecanismo adicional para asegurar la participación de las provincias en la integración del Poder Ejecutivo nacional.

Sin embargo, el surgimiento de los grandes partidos nacionales tomó tal envergadura que muchas de estas teorías se vieron desprovistas de sus más sólidos argumentos. El desempeño de los elegidos por medio de la intermediación partidista en el interior de los órganos para los cuales la ciudadanía les había concedido mandato rompía la idea de neutralidad, de hecho actuaban siguiendo la "disciplina" de su partido o sea supeditando sus decisiones a las directivas del mismo. En la práctica de las elecciones presidenciales ocurridas en la Argentina se evidenció un comportamiento de parte del electorado que evidenciaba su desconocimiento del sistema. Los ciudadanos al introducir sus boletas en las urnas en realidad se pronunciaban a favor de un partido y de los candidatos a Presidente y a Vicepresidente, quienes aparecían en letras grandes, ignorando en la gran mayoría de los casos, hasta los mismos nombres de los electores, quienes sólo figuraban en muy pequeña letra en el texto de las boletas electorales.

Es decir que de hecho la elección se había transformado de indirecta en directa. En lo referente a la defensa del federalismo, la combinación de este objetivo con la imposición de un número mínimo de cinco diputados para todas las provincias independientemente de su cantidad de habitantes, sumado a la representación proporcional para los comicios de los miembros de los colegios, era susceptible de generar una distorsión mucho más peligrosa para el funcionamiento de las instituciones, que el posible daño que le puede ocasionar al federalismo una elección directa de los miembros del Poder Ejecutivo. Por último, no pueden dejarse de lado los riesgos que traía aparejada la posibilidad de que la designación del Presidente debiese ser llevada a cabo por el Congreso. Entre ellos, la dificultad para la obtención del quórum agravado que la Constitución exigía para que el Congreso pudiese sesionar, la situación carecía de remedios sólidos y enfrentaba al futuro de la República con emergencias institucionales que podían plantear crisis de discontinuidad constitucional. Principalmente por los motivos apuntados casi todos los proyectos de reforma contenían esta modificación. Así ocurrió con la enmienda de 1972 —en cuya redacción participaron muchos de los más destacados publicistas con que cuenta nuestro país—, ley 19.608[18], y que se aplicó exclusivamente para las elecciones de 1973.

b) Sistema actual

La elección presidencial ha sufrido dos importantes modificaciones, el voto directo y la adopción del mecanismo de *ballotage* o doble vuelta electoral. Así lo establecen los art. 94 y siguientes luego de la reforma. A los efectos de la elección el territorio nacional conforma un distrito único.

c) La doble vuelta

i) Concepto

El *ballottage* es una técnica utilizada en materia electoral, que consiste en la necesidad impuesta a todo candidato a un cargo electivo de obtener en el escrutinio la mayoría absoluta de los sufragios válidos para hacerse acreedor al cargo en cuestión. Para el caso en que ninguno de los contendientes alcance dicho porcentaje en esta primera vuelta electoral, debe celebrarse una segunda votación entre los dos candidatos que han obtenido la mayor cantidad de sufragios. El instituto aparece en Francia y luego es utilizado por otros países europeos. A partir de la ola democratizadora que comienza a fines de los '70, la elección a dos vueltas es incorporada a la normativa electoral de Ecuador, Perú, El Salvador, Guatemala, Haití, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, República Dominicana, Argentina y Uruguay.

ii) Características y consecuencias de su aplicación

Definido el concepto, nos parece importante precisar las consecuencias que el instituto puede producir sobre los restantes elementos

---

(18) La ley 19.608 data del 3 de mayo de 1972, y declaró la necesidad de la reforma. Esta ley precedió la enmienda transitoria de 1972 llevada a cabo por un acto unilateral del gobierno *de facto*. Con fecha 24 de agosto, la Junta de Comandantes en Jefe emitió un cuerpo normativo que denominó Estatuto Fundamental, alegando "cumplir los fines de la Revolución Argentina, y en ejercicio del poder Constituyente". Dicho estatuto modificó, entre otros, los siguientes artículos: 42, 45, 46, 48, 55, 56, 67 incs. 7 y 18, 68, 69, 71, 77, 81-85, y 96. Este "Estatuto Fundamental" tuvo vigencia sociológica parcial, porque sólo se aplicó para componer los órganos de poder en las elecciones del 11 de marzo y 23 de setiembre de 1973, siendo ignorado *a posteriori* en sus demás disposiciones por el Poder Ejecutivo, el Congreso y la Corte Suprema entre 1973 y 1976.

del sistema político. Entre las consecuencias que pueden mencionarse, el *ballottage*, como toda modificación que se introduce en la normativa electoral de un Estado, genera cambios en el sistema de partidos políticos, sobre el modo cómo se canalizan las ofertas políticas en el electorado, sobre la relación Ejecutivo-Legislativo, para sólo mencionar algunos de las efectos más notorios de la aplicación del instituto que estamos analizando. En cuanto a la relación del *ballotage* y el semipresidencialismo, parecen guardar una íntima relación. El fortalecimiento que logra el jefe de Estado a través de la mayoría absoluta de sufragios, no hace peligrar al sistema con una excesiva concentración de funciones a su favor en desmedro de los otros poderes. Ello en razón de que, por un lado, el Poder Ejecutivo no es unipersonal, y, por otro, en el seno del Legislativo el Presidente debe ganarse el consenso de los representantes que generalmente son elegidos de igual manera que él. Todo instrumento utilizado en cuestiones electorales persigue determinados fines. En el caso que nos ocupa su razón de ser responde a distintos motivos, que pueden agruparse en dos grandes categorías:

I. *Legitimidad a toda prueba.* Mayor consenso a favor de los ocupantes de los cargos estatales que se eligen a través del *ballotage.*

II. *Una, relacionada con el sistema de partidos políticos.*

En cuanto a su relación con el sistema de partidos en primer lugar se observa que el instituto tiende a reducir el número de partidos políticos en un determinado país, o al menos a hacerlos más disciplinados. Un instrumento tan severo en cuanto a la posibilidad de acceder a los cargos, genera rápidamente la necesidad de formar coaliciones, alianzas y todo tipo de entendimientos entre partidos a efectos de ver acrecentadas sus chances electorales. Como consecuencia de ello el número de partidos tenderá a disminuir y podrán configurarse pocas alternativas pero fuertes y claramente definidas en lo ideológico y representativas de distintos sectores sociales. Inclusive la escena política puede experimentar una inclinación proclive a la polarización, susceptible de traducirse en una suerte de confrontación entre derechas e izquierdas. Claro que este resultado no tendrá por qué producirse necesariamente ni del mismo modo en todos los casos. Los efectos de la aplicación de la doble vuelta en Chile y Uruguay son demostrativos de estas consideraciones.

iii) Experiencia argentina anterior a la reforma de 1994

En la Argentina el *ballottage* se utilizó por primera vez luego de la enmienda constitucional del 24 de agosto de 1972, aprobada por la Junta de Comandantes en ejercicio del poder. La referida reforma estableció la elección directa a doble vuelta del Presidente y del Vicepresidente de la

República y de senadores nacionales. En base a dicha enmienda poco después se sancionó el sistema electoral nacional, a través de la ley 19.945[19], la que dispuso que el Presidente y el Vicepresidente serían elegidos por el pueblo de la Nación simultánea y directamente, resultando electa la fórmula que obtuviera más de la mitad de los votos válidos emitidos. En el caso de que ninguna alcanzare la mayoría, se realizaría una segunda vuelta dentro de los treinta días siguientes. En esta segunda elección podían participar todos los candidatos que en la primera hubiesen logrado más del 15% de los sufragios válidos emitidos. Otra norma determinó el mismo procedimiento para la elección de senadores nacionales. Como consecuencia de la normativa que comentamos, en marzo de 1973 se realizaron elecciones nacionales aplicándose la doble vuelta para la elección de esas dos categorías de funcionarios. Las provincias utilizaron el *ballotage* para la designación de sus gobernadores y vicegobernadores. Luego de celebrada la primera vuelta electoral, a nivel de candidatos a presidente y vicepresidente, ninguna fórmula logró la mayoría absoluta y sólo dos pudieron superar el umbral establecido en la Ley Electoral para participar en la segunda. El desistimiento de los segundos candidatos, dada la cercanía de la dupla más votada a la mayoría absoluta de votos y la distancia entre ambas fórmulas, impidió que se realizara la segunda vuelta. Por el contrario, el instituto "jugó" para el caso de los senadores en numerosos casos, como así también, el *ballottage* permitió dirimir la situación existente en varias provincias en lo relativo a la designación de sus fórmulas para gobernadores. En cuanto a la relación del *ballotage* con el presidencialismo, importa una enorme concentración de facultades en manos del titular de un poder que es monocrático. El *ballottage* incorporado a esta mecánica no puede sino exacerbar tanto la concentración de poder en manos presidenciales, como las dificultades para el logro de acuerdos interpartidarios. De hecho se producirá un enfrentamiento entre dos grandes fuerzas electorales polarizadas, dificultando aún más el logro de acuerdos. Asimismo es importante tener en cuenta que esa superlegitimidad de que se dota al Presidente puede convertirse rápidamente en una suerte de espejismo. Ello, cuando la mayoría presidencial no se corresponde con la mayoría parlamentaria. Algunas provincias utilizan el *ballotage* para la elección de sus gobernadores, ellas son: Tierra del Fuego, Chaco, Corrientes y la Ciudad de Buenos Aires.

iv) El sistema incorporado a la Constitución

La disposición introducida por la reforma al articulado de nuestra CN establece la elección directa a doble vuelta, a través de un mecanis-

(19) Ley 19.945, B.O. 1972/12/19.

mo sumamente complicado de cálculos de porcentajes. Sin embargo, la exigencia de porcentajes menores en un sistema de doble vuelta, dentro de un esquema de presidencialismo puro, mitiga en algún grado muchas de las consecuencias negativas referidas con anterioridad. Por otra parte, este curioso modelo podría minimizar en gran medida los objetivos principales perseguidos por el instituto en su versión genuina. Sobre este particular resultan relevantes las observaciones efectuadas por Castiglione[20]. Este politólogo considera que "a diferencia de otros sistemas de doble turno, este *ballotage* no parece adecuado a conseguir, simultáneamente, mayor pluralidad y legitimidad". Nuestro autor agrega luego que "la doble vuelta presidencial, en la doctrina política, está pensada para garantizar al jefe de Estado un poder legitimado por la mayoría de los votos. Luego explica que el *ballottage* "a la Argentina" podría no cumplir con los objetivos antes mencionados. "En primer lugar —manifiesta el comentario—, un candidato está habilitado a conquistar, en un solo turno, la presidencia con el cuarenta por ciento de los sufragios, bien por debajo de aquella legitimación mayoritaria que el doble turno persigue. En segundo lugar, tendería a liquidar, en la primera vuelta, el voto sincero en aras del voto útil, restringiendo el aludido pluralismo" (...) "si los opositores compitieran entre sí, cada uno con su propia bandera partidaria, correrían el riesgo de no llegar al segundo turno..."[21]. La reforma del '94 establece en el art. 94[22] de la Ley Fundamental la elección directa a doble vuelta del Presidente y del Vicepresidente, a través de un mecanismo sumamente complicado de cálculos de porcentajes, con las siguientes modalidades:

1º La fórmula más votada resulta electa en la primera vuelta si ha recibido "más del 45% de los votos afirmativos válidamente emitidos" (art. 97[23]).

2º Ello también ocurre "cuando la fórmula que resultare más votada en la primera vuelta hubiere obtenido el 40% por lo menos de los votos afirmativos válidamente emitidos y, además, existiere una diferencia mayor de diez puntos porcentuales respecto del total de los votos afirmativos válidamente emitidos sobre la fórmula que le sigue en número de votos" (art. 98[24]).

(20) CASTIGLIONE, FRANCO, *Ballottage*, Diario Página 12, 1994/06/12.

(21) CASTIGLIONE, FRANCO, *Ballottage*, Diario Página 12, 1994/06/12.

(22) Art. 94: "El presidente y el vicepresidente de la Nación serán elegidos directamente por el pueblo, en doble vuelta, según lo establece esta Constitución. A este fin, el territorio nacional conformará un distrito único".

(23) Art. 97: "Cuando la fórmula que resultare más votada en la primera vuelta, hubiere obtenido más del cuarenta y cinco por ciento de los votos afirmativos válidamente emitidos, sus integrantes serán proclamados como presidente y vicepresidente de la Nación".

(24) Art. 98: "Cuando la fórmula que resultare más votada en la primera vuelta hubiere obtenido el cuarenta por ciento por lo menos de los votos afirmativos válidamente emitidos, y además, existiere una diferencia mayor de diez puntos porcentuales respecto del total de los votos emitidos sobre la fórmula que le sigue en número de votos, sus integrantes serán proclamados como presidente y vicepresidente de la Nación".

Si bien el *ballotage* tiene entre sus finalidades la de aportarle al funcionario electo una cuota alta de legitimidad gracias al porcentaje de sufragios obtenido, en la Argentina, como consecuencia de esta modalidad, el Presidente podrá ser designado sin contar con la mayoría absoluta de votos. Cuando por imperio del sistema elaborado por el constituyente en 1853, la fórmula ganadora para ser electa debía reunir, por lo menos, la mayoría absoluta de los electores que componían las juntas electorales encargadas de designarlos. Por otra parte este particular sistema tampoco cumple con el objetivo de pluralismo al que tiende la doble vuelta, en la que se busca en la primera vuelta el voto sincero por sobre el voto útil. Sin embargo con el mecanismo elaborado por el constituyente argentino, el votante buscará que su voto no se pierda, ya en la primera vuelta tenderá necesariamente a polarizarse.

v) Omisiones del texto constitucional

Algunas cuestiones de especial importancia para la definición del sistema en su totalidad no han quedado expresamente determinadas en el articulado constitucional. Son ellas: I. La posibilidad para los candidatos de provocar "desistimientos" a fin de producir eventuales recomposiciones de las fórmulas en el período que media entre la primera y la segunda vuelta. II El valor de los votos en blanco. III La determinación precisa del plazo que debe mediar entre ambos comicios, cuando tuviere lugar una segunda vuelta.

vi) Disposiciones de la ley 24.444

La ley 24.444 modificatoria del Código Nacional Electoral ha sido sancionada para llenar los vacíos existentes en el articulado constitucional. En relación con la primera de las cuestiones que planteamos el legislador se define por la noción de "fórmula indivisible". Es decir que dado que el sufragante vota una fórmula no puede permitirse la distorsión de la misma en medio del proceso. Se admiten las renuncias de alguno de los integrantes de la fórmula pero ello no abre la puerta a la recomposición de la fórmula.

En relación con el valor de los votos en blanco la duda se plantea desde el mismo articulado constitucional. Se trata de definir el sentido de la expresión votos afirmativos válidamente emitidos. La segunda parte no

presenta dificultades pues no cabe duda que el constituyente hace alusión a los votos nulos, de conformidad con la clasificación contenida en el Código Electoral. Por el contrario, las discrepancias aparecen cuando se trata de saber si en el escrutinio final de la elección deben computarse los votos en blanco o no, es decir el alcance de la voz afirmativo. En tal sentido se han planteado dos posiciones. La primera entiende que sólo es afirmativo aquel voto favorable a una fórmula, en razón de lo cual sólo deberían computarse para el cálculo de los porcentajes obtenidos por cada fórmula, los sufragios nominativos —"con nombre y apellido"—. Una segunda interpretación considera que el sufragio en blanco también es afirmativo y de ningún modo puede quedar en cuanto a sus efectos asimilado al voto nulo. Más aún cuando se trata de un sistema de voto obligatorio y en el cual los partidos políticos tienen el monopolio en materia de candidaturas. La ley 24.444[25] no resuelve la cuestión, pues se limita a retomar las mismas expresiones constitucionales sin aclarar el sentido que ellas tienen, además contiene disposiciones que contrarían la misma esencia del sistema de *ballottage*. En efecto, cuando debe procederse a celebrar la segunda vuelta y alguna de las dos fórmulas que han pasado a competir decide renunciar, la fórmula que accede al poder no alcanza el porcentaje exigido por la Constitución[26]. La inconstitucionalidad de esta cláusula es manifiesta, por contradecir de manera palmaria la letra y el espíritu del sistema de doble vuelta contenido en la Constitución, pues como ha quedado dicho éste persigue que se logre una mayoría clara —que en nuestro sistema puede ser una primera minoría superior al 40%—.

3. El Vicepresidente. Funciones

El Vicepresidente es una suerte de funcionario de reserva, ya que sólo accederá al Ejecutivo para reemplazar a su titular en caso de acefalía transitoria o permanente, mientras ello no ocurra es un funcionario extra-poder y se desempeña como Presidente del Senado. El perfil de esta figura adolece de serias falencias las que de alguna manera han influido en un balance institucional negativo. Nuestra afirmación se basa en las numerosas crisis que se han producido durante nuestra historia

(25) Ley 24.444, B.O. 1995/01/19.

(26) Esto sucedió en la elección presidencial de 2003, en razón de que los candidatos Menem y Romero, a pesar de haber sido los ganadores de la primera vuelta declinaron participar en el *ballottage*, Así las cosas, el binomio Kirchner-Scioli, a pesar de haber obtenido poco más del 22% de los sufragios fueron consagrados, respectivamente, presidente y vicepresidente de la Nación. En razón de lo dispuesto por el art. 155, 1º párr. de la mencionada ley, el que expresa que "en caso de renuncia de los dos candidatos de cualquiera de las dos fórmulas más votadas en la primera vuelta, se proclamará electa la otra".

en las relaciones entre Presidente y Vicepresidente[27]. Estas dificultades han llevado a cambios en algunas Constituciones que han importado la concesión de facultades concretas al Vicepresidente, como el caso de Costa Rica o de las de provincias argentinas como Río Negro y Ciudad de Buenos Aires, entre otras. En el modelo estadounidense el dúo integrado por Presidente y Vicepresidente, se corresponde con la necesidad de construir una alianza electoral sólida durante la campaña. Además, la dinámica institucional de ese país ha llevado en los hechos al ejercicio de importantes funciones que el Presidente le confía al Vicepresidente. En ese país el Vicepresidente es el delfín natural del Presidente, carácter que lo lleva necesariamente a actuar con la mayor lealtad hacia el titular del Ejecutivo, pues sabe que ello normalmente le será recompensado con una futura candidatura "fuerte" para competir en las primarias de su partido.

El sistema argentino impide que esto pueda suceder ya que ata en materia de reelección, la suerte del Vicepresidente a la del Presidente, como surge de la última parte del art. 90. Además, el art. 92 le impide el ejercicio de otra función en cualquier nivel de gobierno y el art. 57 minimiza su actuación en el seno del Senado, ya que sólo puede votar en caso de empate. Situación que en ciertos casos puede poner en su voto una decisión importante.

Las dificultades en el vínculo Presidente-Vicepresidente lejos de haber concluido se manifestaron reiteradamente debilitando la actuación del Vice. Así las cosas estamos frente a un tema de importancia primordial para la agenda de una futura reforma constitucional, entre otros tópicos de esta cuestión, debería abordarse la problemática de la vacancia de la vicepresidencia, frente a su falta de cobertura durante largos períodos constitucionales. A fin de contribuir en el rediseño de una figura que se ha prestado a tantos conflictos en nuestro país, hacemos un análisis exhaustivo del derecho comparado como fuente de posibles soluciones a nuestra realidad nacional.

a) El antecedente estadounidense

El Vicepresidente es un funcionario que aparece con el presidencialismo creado en la Constitución de Filadelfia de 1787. Forma de gobierno que como ha quedado dicho es el antecedente directo de la nuestra. Como se puede observar, la cláusula contenida en el art. 57 de nuestra

(27) Vale destacar que desde la vuelta a la democracia (1983) han sido pocos los casos en que el Vicepresidente ha acompañado al Presidente durante todo el período de su mandato.

Ley Fundamental es prácticamente idéntica a su homóloga de la Constitución estadounidense. Pero también en este punto es posible efectuar las mismas observaciones que hacemos en relación con el modelo en su conjunto. Esto es, que la aplicación del sistema en la práctica ha arrojado diferencias inmensas entre lo que ha sucedido y sucede en los Estados Unidos y la realidad del presidencialismo latinoamericano, principal geografía en la que se lo ha tomado como referencia excluyente a la hora de decidir la organización federal de los poderes. Por lo tanto, si bien los textos constitucionales son muy parecidos, las conductas institucionales y hasta personales son tan diferentes, que hacen que las Constituciones materiales sean igualmente distintas. El tema objeto del presente comentario no es una excepción, por el contrario es un claro ejemplo de esta historia de caminos divergentes que también se presenta en las dimensiones de los vicepresidentes en sus versiones estadounidense y argentina.

La Vicepresidencia es el segundo más alto cargo oficial electivo del gobierno estadounidense. Como primero en la línea de sucesión presidencial, el Vicepresidente ejerce la Presidencia en forma definitiva cuando el Presidente muere, renuncia, o es apartado de su cargo por un enjuiciamiento. Hasta acá nada diferente del marco constitucional argentino. Ocho Vicepresidentes han asumido la presidencia a causa de la muerte del Presidente, y uno —Gerald Ford— a causa de la renuncia. John C. Calhoun y Spiro Agnew han sido los únicos vicepresidentes que han renunciado a su cargo. Además, el Vicepresidente actúa como Presidente del Senado, como lo prescribe el artículo primero de la Constitución de los Estados Unidos.

El papel del Vicepresidente de EE.UU. tiene mucho que ver con su historia institucional. Su propia existencia se relaciona con el federalismo, con las características del sistema de partidos y del régimen electoral imperante en el país del norte. Detrás del bipartidismo estadounidense que se fue consolidando rápidamente, en realidad se esconde la existencia de 50 partidos demócratas y otros tantos republicanos. Esta observación, si bien es un poco exagerada, pone de manifiesto las tonalidades que adquieren los dos grandes partidos, a nivel de cada uno de los cincuenta estados que componen la federación. Asimismo, en esta característica se apoya la inexistencia de verdadera disciplina partidaria en el seno de las dos Cámaras del Congreso federal.

Así las cosas, cada cuatro años en oportunidad de las elecciones presidenciales, con bastante anterioridad a la fecha del comicio tiene lugar el proceso de elecciones primarias que culmina con la consagración, dentro de cada partido, de la fórmula presidencial —integrada por los candidatos a Presidente y Vice—. Pues bien, esa fórmula es la manifestación de una suerte de alianza entre básicamente los sectores liberales —que en Estados Unidos es sinónimo de progresistas— y los conservadores, dentro de los dos partidos. A su vez, en la conformación de la fórmula se persigue la presencia de representantes de diferentes lugares del país, de manera de que a través de esos dos nombres se logre abarcar el horizonte territorial más amplio posible.

i) El papel del Vicepresidente

Ello así, el desempeño del Vicepresidente, desde sus albores ha sido un verdadero enigma. John Adams, compañero de fórmula de Washington y primer vicepresidente (1789-1797), sostenía sobre el cargo que "es la más insignificante de las funciones que la invención del hombre ha podido construir". En 1901, Teodoro Roosevelt, luego de resultar elegido Vicepresidente consideraba que había "tomado el velo"[28] (poco después asumiría la presidencia como consecuencia del asesinato del Presidente McKinley). Pese a estas observaciones Duverger destaca que a partir de 1952 "se observa un desarrollo de las funciones vicepresidenciales, bajo la influencia del Vicepresidente Richard Nixon".

La cuestión fue objeto de deliberaciones en la convención de Filadelfia y generó diferentes posiciones que giraron en torno a la relación entre el Presidente y el Vice, las dificultades que se podían generar como producto de las eventuales incompatibilidades. Inclusive, en cierta medida se minimizó su importancia en tiempos normales, esto es, cuando no debía reemplazar al Presidente. Esta falta de consideración se pone de manifiesta en la falta de previsión para el caso de acefalía en la vicepresidencia, no se reglamentó la necesidad y el modo de llenar una posible vacante. No obstante ello todos estos temores parecen verse atemperados por una situación muy particular propia del sistema electoral y de selección de candidatos del país del norte, el que lleva a poner al Vicepresidente en una posición de sucesor natural del Presidente. Así lo considera uno de los académicos que más han profundizado en el análisis de la vicepresidencia estadounidense. "A pesar de que por la visión de la vicepresidencia que tenían los redactores (o constituyentes) no se atribuyó importancia a la relación entre el Vicepresidente y el Primer Mandatario, ellos sí idearon un sistema que permitiera designar un funcionario competente. En vistas de que el Vicepresidente sería el que saliera elegido en segundo lugar luego del Presidente, era muy probable que éste alcanzara la presidencia, puesto que algunos electores lo consideraban presidenciable. Así, de manera significativa, John Adams y Thomas Jefferson, los dos primeros Vicepresidentes, luego fueron Presidentes[29].

---

(28) Citados por DUVERGER, MAURICE, *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*, Ariel, Barcelona, 1962, p. 335.

(29) GOLDSTEIN, JOEL, *The New Constitucional Vice Presidency*, Wake Forest Law Review Association , Nº 505, 1995, p. 5.

Sin embargo en los EE.UU. a esta suerte de vuelco en el rol institucional del Vicepresidente los especialistas lo sitúan en la historia más reciente. Fundamentalmente con el sesgo que algunos Vicepresidentes han venido imprimiéndole a su actuación, que ha sido mayor que el que usualmente había tenido el desempeño de sus colegas en el pasado. Así señalan principalmente a los demócratas Walter Mondale junto a Jimmy Carter, y Al Gore junto a Bill Clinton. Aunque pacíficamente se sostiene que sin lugar a dudas Dick Cheney ha elevado el puesto a niveles nunca antes vistos. "Los cambios que comenzaron con Mondale en términos de que el Vicepresidente tenga más influencia como asesor del Presidente son cambios permanentes", declaró Goldstein(30).

"Cheney ha sido el Vicepresidente más poderoso e influyente. Me parece que los futuros Vicepresidentes serán influyentes, pero no tanto como Dick Cheney", agregó en declaraciones a la BBC realizadas poco antes de las elecciones de 2008. Inclusive su gran protagonismo fue considerado por sus críticos como contrario a la Constitución. En realidad el papel del Vicepresidente ha tenido mucho que ver con la actitud que ha tenido el Presidente respecto de cuales debían ser sus responsabilidades. Así, el caso de Walter Mondale resulta paradigmático desde el mismo momento en que se convierte en el compañero de fórmula de James Carter, quien lo eligió porque necesitaba alguien con más experiencia en Washington, que supiera cómo manejar y trabajar con el Congreso. Mondale además jugó un papel en las decisiones de política exterior y viajó varias veces al extranjero. Decidió trasladar su oficina al ala oeste de la Casa Blanca, donde el despacho del Vicepresidente se encuentra desde entonces. Hasta ese entonces los Vicepresidentes residían en sus casas particulares.

ii) La sucesión del Vicepresidente

Esta cuestión se encuentra regulada por la enmienda 25 que fue propuesta el 6 de julio de 1965 y su ratificación tuvo lugar el 10 de febrero de 1967.Establece el procedimiento a seguir en caso de acefalía de la Vicepresidencia de la República. Esta enmienda tiene como antecedente y razón de ser la situación que se suscitó luego del fallecimiento de John Kennedy, quien es sucedido en la titularidad del Ejecutivo por el Vicepresidente Lyndon Jonson, éste no tuvo Vicepresidente hasta la conclusión del mandato presidencial que había iniciado el primero. Por ello se elaboró la enmienda vigésimo quinta que llenó el vacío que existía como consecuencia de la presencia de esa laguna constitucional. Esta modificación por adición al texto constitucional dispone la forma de llenar una vacante en la Vicepresidencia. Se trata de un acto complejo en el que intervienen el Ejecutivo y el Legislativo, al primero le toca designar, mientras que el segundo debe ratificarlo con el voto mayoritario de ambas Cámaras. Se trata de una decisión diferente a los acuerdos para el nombramiento de funcionarios por parte del Presidente, ya que en este caso debe intervenir solamente una de las Cámaras del Congreso, el Senado.

(30) GOLDSTEIN, JOEL, *La Vicepresidencia Moderna la transformación de una institución política.*

Poco tiempo después el sistema sería aplicado por primera y última vez. En efecto, en 1973, en el marco de la crisis conocida bajo el nombre de "Watergate", con motivo de la renuncia de Spiro Agnew, Gerald R. Ford se convirtió en la primera persona que fue elegida Vicepresidente bajo los términos de esta enmienda, luego de ser designado por el Presidente Richard M. Nixon. En 1974, nueve meses después de haber asumido la vicepresidencia, Nixon renunció y Ford lo reemplazó en la presidencia. Entonces Nelson A. Rockefeller pasó a ocupar la vicepresidencia de acuerdo con el nuevo procedimiento. Estados Unidos por primera vez tuvo en los dos cargos más prominentes de la estructura estatal a personas que no llegaron allí como resultado de la elección popular. Antes de que esta enmienda entrara en vigor, las vacantes de la vicepresidencia quedaban vacías hasta la siguiente elección presidencial.

b) Experiencias en América Latina

En América Latina el instituto ha tenido un tratamiento diverso. En casi todos los casos que lo han incorporado al articulado constitucional encontramos los aspectos básicos tomados del derecho estadounidense. Esto es, la doble calidad de reemplazante del Presidente y de Presidente del Senado o de la Asamblea Legislativa, según corresponda. Las innovaciones las encontramos fundamentalmente en tres aspectos, el número de Vicepresidentes, el papel que debe cumplir, en los casos en que está prevista su presencia, sobre este particular en varias Constituciones se le conceden una cantidad de facultades; por último, otra cuestión que consideramos relevante es la que se vincula con la acefalía de la Vicepresidencia. A continuación trataremos cada uno de estos temas en particular.

i) Cantidad de Vicepresidentes

Al respecto encontramos tres tipos de situaciones, la más usual que es la existencia de un Vicepresidente, a la que se agregan, la presencia de dos o más y, por último, la ausencia de la figura. La Constitución costa-

rricense de 1949[31] contempla dos vicepresidentes de elección popular, elegidos junto con el Presidente de la República, en una misma lista, por sufragio directo, para períodos de cuatro años, sin reelección inmediata. Les corresponde sustituir al Presidente en sus ausencias temporales o absolutas. Este precedente es seguido por Perú y Panamá que también tiene dos Vicepresidentes y por Honduras cuya Constitución eleva el número a tres, bajo la denominación de "Designados".

México, Chile y Haití no tienen Vicepresidentes. Este último caso se compadece con el diseño de su forma semipresidencialista tomada casi como un calco de la Constitución francesa, modelo que no prevé la presencia de Vicepresidentes entre sus funcionarios electivos. Chile ha sufrido una evolución ya que en 1826, en forma conjunta con el establecimiento del título de "Presidente de la República", se creó el cargo de "Vicepresidente", cuya función era la de reemplazar al primero "en los casos de enfermedad, ausencia y otros". La Constitución de 1828 —único texto constitucional chileno que estableció la existencia de un Vicepresidente como figura permanente—, dispuso que en caso de muerte o imposibilidad física o moral del Presidente, éste lo reemplazaría en su puesto; y sus calidades eran las mismas que se requerían para ser Presidente. El cargo permanente de Vicepresidente fue abolido con la Constitución de 1833. A partir de aquel momento y hasta la actualidad, Vicepresidente de la República sólo es el título de quien *ex officio* subroga o reemplaza al Presidente electo o en ejercicio, en caso de impedimento temporal o vacancia. El Vicepresidente, en el desempeño de sus funciones, tiene todas las atribuciones que la Constitución le confiere al Presidente de la República[32].

---

(31) Art. 135 de la Constitución de Costa Rica: *"Habrá dos Vicepresidentes de la República, quienes reemplazarán en su ausencia absoluta al Presidente, por el orden de su nominación. En sus ausencias temporales, el Presidente podrá llamar a cualquiera de los Vicepresidentes para que lo sustituya".*

(32) Constitución chilena:

Art. 28: *"Si el Presidente electo se hallare impedido para tomar posesión del cargo, asumirá, mientras tanto, con el título de Vicepresidente de la República, el Presidente del Senado; a falta de éste, el Presidente de la Corte Suprema, y a falta de éste, el Presidente de la Cámara de Diputados."*

Art. 29: *"Si por impedimento temporal, sea por enfermedad, ausencia del territorio u otro grave motivo, el Presidente de la República no pudiere ejercer su cargo, le subrogará, con el título de Vicepresidente de la República, el Ministro titular a quien corresponda de acuerdo con el orden de precedencia legal. A falta de éste, la subrogación corresponderá al Ministro titular que siga en ese orden de precedencia y, a falta de todos ellos, le subrogarán sucesivamente el Presidente del Senado, el Presidente de la Corte Suprema y el Presidente de la Cámara de Diputados.*

En caso de vacancia del cargo de Presidente de la República, se producirá la subrogación como en las situaciones del inciso anterior, y se procederá a elegir sucesor en conformidad a las reglas de los incisos siguientes".

ii) Funciones del Vicepresidente

Varias Constituciones latinoamericanas incorporan a su texto el rol y las funciones que el Vicepresidente ha adquirido en los Estados Unidos, como producto de la evolución institucional que se ha producido en los hechos y que ya ha sido observada. El constituyente latinoamericano en muchos casos ha fortalecido esa posición, no sólo porque lo ha plasmado en las cláusulas de las Leyes Fundamentales, sino también por la magnitud de las funciones que le reconoce. En tal sentido el Vicepresidente de Guatemala resulta un modelo perfecto de lo que hemos afirmado. Su perfil institucional se compone, por una parte de una regulación similar a la de su equivalente de Argentina en lo que hace a la sucesión presidencial. Además el constituyente en una disposición especial[33] enumera las funciones a su cargo.

Se trata de un abanico muy amplio de facultades que tienen que ver con la conducción del gobierno, nada menos que participa en la dirección de la política general del mismo. Posee importantes funciones en la esfera internacional, autoridad directa sobre los ministros, todo lo cual le confiere una importante cuota de poder propio que lo diferencia notablemente del modelo estadounidense y más aún del de nuestro país.

Las Constituciones del Paraguay, de Colombia y de Nicaragua también siguen este camino al asignarles a sus Vicepresidentes funciones específicas[34]. El art. 143 de la Constitución costarricense habilita a los Vicepresi-

---

(33) El art. 191 de la Constitución de Guatemala, bajo el título "Funciones del Vicepresidente", ha previsto las siguientes potestades:

"a. Participar en las deliberaciones del Consejo de Ministros con voz y voto;

b. Por designación del Presidente de la República, representarlo con todas las preeminencias que al mismo correspondan, en actos oficiales y protocolarios o en otras funciones;

c. Coadyuvar, con el Presidente de la República, en la dirección de la política general del Gobierno;

d. Participar, conjuntamente con el Presidente de la República, en la formulación de la política exterior y las relaciones internacionales, así como desempeñar misiones diplomáticas o de otra naturaleza en el exterior;

e. Presidir el Consejo de Ministros en ausencia del Presidente de la República;

f. Presidir los órganos de asesoría del Ejecutivo que establezcan las leyes;

g. Coordinar la labor de los ministros de Estado; y

h. Ejercer las demás atribuciones que le señalen la Constitución y las leyes".

(34) El art. 239 de la Constitución del Paraguay le confiere junto a la clásica de reemplazar al Presidente las siguientes funciones: "2) *representar al Presidente de la República nacional e internacionalmente, por designación del mismo, con todas las prerrogativas que le corresponden a aquél, y 3) participar de las deliberaciones del Consejo de Ministros y coordinar las relaciones entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo".* En el caso de Nicaragua el art. 145 de su Constitución determina que *"El Vicepresidente de la República desempeña las funciones que el Presidente le delega y lo sustituirá en el cargo en caso de falta temporal o definitiva.* El art. 202 de la Constitución de Colombia: *"El Vicepresidente de la República será elegido por votación popular el mismo día y en la misma fórmula con el Presidente*

dentes a desempeñar Ministerios. Esta Constitución así como la de El Salvador establecen que el Vicepresidente integra el Poder Ejecutivo.

El Vicepresidente de la República Oriental del Uruguay es quien ejerce el cargo de Presidente de la República en caso de ausencia del mismo. Mientras el Presidente se encuentre en sus funciones, es el Presidente de la Cámara de Senadores y de la Asamblea General. Además integra el Senado con voz y voto, del mismo modo que cualquiera de los miembros de la Cámara. La Constitución de Colombia prevé que el Presidente de la República le confíe al Vicepresidente misiones o encargos especiales; asimismo, puede designarlo en cualquier cargo de la rama ejecutiva. El Vicepresidente no podrá asumir funciones de Ministro Delegatario.

El Vicepresidente Ejecutivo de la República Bolivariana de Venezuela es, de acuerdo a su Constitución, el más directo colaborador del Presidente de la República, sin embargo su estabilidad es la más frágil de todos sus equivalentes del subcontinente, en tanto es éste quien, cual si se tratara de un ministro más, lo designa y tiene la facultad de removerlo. Su figura aparece desde la Constitución de 1830 hasta la de 1858, y es nuevamente institucionalizado en la Constitución de 1999. Puede ser removido por más de dos terceras partes de la Asamblea Nacional, mediante una moción de censura. Si durante los seis años de período presidencial del Jefe de Estado se aprueban mociones de censuras a más de tres vicepresidentes, el Presidente de la República estará facultado a disolver el Parlamento.

iii) Acefalía vicepresidencial

Varias Constituciones latinoamericanas regulan esta cuestión. En Guatemala la Constitución establece que el Vicepresidente ejercerá las funciones de Presidente de la República en los casos de vacancia que ésta prevé. El Vicepresidente es el primero en la línea de sucesión para la Jefatura de Estado y Gobierno en caso que faltase el Presidente de manera absoluta. Es electo en la misma boleta electoral que el Presidente, en idéntica forma y por el mismo período de mandato. Debe reunir los mismos requisitos que el Presidente de la República, gozará de iguales

de la República. Los candidatos para la segunda votación, si la hubiere, deberán ser en cada fórmula quienes la integraron en la primera. El Vicepresidente tendrá el mismo período del Presidente y lo reemplazará en sus faltas temporales o absolutas, aun en el caso de que éstas se presenten antes de su posesión. En las faltas temporales del Presidente de la República bastará con que el Vicepresidente tome posesión del cargo en la primera oportunidad, para que pueda ejercerlo cuantas veces fuere necesario. En caso de falta absoluta del Presidente de la República, el Vicepresidente asumirá el cargo hasta el final del período. El Presidente de la República podrá confiar al Vicepresidente misiones o encargos especiales y designarlo en cualquier cargo de la rama ejecutiva. El Vicepresidente no podrá asumir funciones de Ministro Delegatario".

inmunidades y tiene en el orden jerárquico del Estado, el grado inmediato inferior al de dicho funcionario. En Honduras los "Designados" tienen por función reemplazar al Presidente y cuando su ausencia sea absoluta es el Congreso el que selecciona entre ellos a aquél que asumirá la Presidencia. En sus ausencias temporales, el Presidente podrá llamar a uno de los designados para que lo sustituya (art. 242).

La acefalía permanente de la vicepresidencia es regulada por el art. 192 de la Constitución gualtemalteca de una manera similar a la enmienda 25 estadounidense. El que establece que *"será sustituido por la persona que designe el Congreso de la República, escogiéndola de la terna propuesta por el Presidente de la República; en tales casos el sustituto regirá hasta terminar el período con igualdad de funciones y preeminencias".*

La Constitución de Colombia en su art. 202 establece que el Vicepresidente de la República será elegido por votación popular el mismo día y en la misma fórmula con el Presidente de la República. Tendrá el mismo período del Presidente y lo reemplazará en sus faltas temporales o absolutas, aun en el caso de que éstas se presenten antes de su posesión. En las faltas temporales del Presidente de la República bastará con que el Vicepresidente tome posesión del cargo en la primera oportunidad, para que pueda ejercerlo cuantas veces fuere necesario. En caso de falta absoluta del Presidente de la República, el Vicepresidente asumirá el cargo hasta el final del período. En caso de falta absoluta del Vicepresidente, el Congreso se reunirá por derecho propio, o por convocatoria del Presidente de la República, a fin de elegir a quien haya de reemplazarlo para el resto del período. Son faltas absolutas del Vicepresidente: su muerte, su renuncia aceptada y la incapacidad física permanente reconocida por el Congreso (art. 205).

c) El derecho público provincial

De conformidad con una tendencia que inauguran en 1958 las Constituciones de Chaco y de Misiones, las Leyes Fundamentales de Córdoba y La Rioja le otorgan al Vicegobernador ciertas funciones propias en el interior del Poder Ejecutivo. Se trata de la tarea de colaborador directo del Gobernador y de la posibilidad de participar en acuerdos de gabinete y reuniones de ministros cuando él lo desee. Estas facultades escapan a la tarea habitual de presidir la Cámara Alta de la Legislatura local y de reemplazo natural del Gobernador en caso de acefalía temporaria o permanente. Por supuesto que difieren de las funciones del Vicepresidente de la Nación, para quien el constituyente nacional no ha previsto similares facultades.

La Constitución de Salta faculta al gobernador a delegar en un ministro sus potestades administrativas y encomendarle la coordinación entre

los distintos ministerios y la exposición de los planes de gobierno y de su ejecución ante el Poder Legislativo. Esta original disposición introduce en el esquema institucional salteño la figura del "ministro coordinador", el que si bien es un colaborador del gobernador, quien puede removerlo cuando le plazca, de todos modos representa una suerte de embrión de primer ministro. Esta afirmación se ve reforzada por el papel de nexo entre el Ejecutivo y el Legislativo que debe cumplir el ministro coordinador de acuerdo con el texto constitucional que se comenta. De conformidad con esta tendencia la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires avanza aún más, ya que le concede al Vicejefe de Gobierno o Vicegobernador iniciativa legislativa y además, *"...las atribuciones que le delegue el Jefe de Gobierno..."* (art. 99). Los sucesivos Jefes de Gobierno han utilizado esta facultad y así le han confiado áreas concretas de actuación, por caso Telerman tuvo a su cargo la cartera de Cultura y Michetti la de Derechos Humanos, entre otras funciones.

d) Conclusiones

Tal como expresamos en la introducción el Vicepresidente argentino, a pesar de las dificultades de definición y de actuación que han caracterizado su desempeño, no ha sido objeto de cambios en su marco constitucional, ni tampoco derivados de los usos y costumbres. Esto lo aleja de lo acontecido tanto en Estados Unidos, como en los países latinoamericanos que lo han incorporado a sus Constituciones.

Así las cosas, aparecen indefinidos aspectos tan importantes como son su papel institucional y la acefalía, entre otros. Esta suerte de nebulosa opera como una verdadera dificultad para su adecuado desempeño. Situación que se pone de manifiesto en la mayoría de las experiencias vividas en nuestro país. El problema que se presentó con "el voto de desempate" tal como lo utilizó el Vicepresidente Cobos, es una más de las consecuencias de esta falta de precisión, que permite que pueda considerárselo ya sea un integrante del Legislativo o representante del Ejecutivo.

El derecho comparado, tal como se ha visto pone de manifiesto la necesidad de brindarle a la figura una regulación encaminada a definir sus funciones y facultades de manera de acrecentar su posición institucional en el ejercicio del poder; y, la acefalía en la vicepresidencia. Así, ha sido posible lograr un necesario equilibrio entre la importancia institucional del Vicepresidente y el rol que en consecuencia le cabe cumplir cuando no debe reemplazar al Presidente. Asimismo, ello ha impedido que la vicepresidencia pueda quedar vacante *sine die*. Esta tendencia también se viene insinuando en el derecho público provincial y en el de la Ciudad de Buenos Aires.

Es importante tener en cuenta que en los Estados Unidos el Vicepresidente es el delfín natural del Presidente, situación que facilita la relación con el Presidente ya que su lucimiento y lealtad hacia este último, normalmente se verá recompensado con una candidatura bien posicionada para competir en las primarias de su partido.

El sistema argentino impide que esto pueda suceder ya que en materia de reelección ata la suerte del Vicepresidente a la del Presidente, como surge de la última parte del art. 90. Además, el art. 92 le impide el ejercicio de otra función en cualquier nivel de gobierno y el art. 57 minimiza su actuación en el seno del senado, ya que sólo puede votar en caso de empate.

Las dificultades en el vínculo Presidente/Vicepresidente han dado motivo a serias crisis en nuestra historia institucional, que derivaron en una peligrosa devaluación de la figura de este último. Por lo tanto, ya sea por la vía de una actitud presidencial proclive a la delegación de funciones a favor de su compañero de fórmula o a través de una reforma constitucional, debería encontrarse una salida a esta delicada cuestión.

El Vicepresidente argentino no tiene injerencia en las decisiones. Para los especialistas la Constitución prevé esto de manera intencionada. El problema es que ese rol está muy disociado de la función simbólica que le asignan los políticos y muchos votantes. El Vicepresidente en la tradición política argentina se usa para "balancear la fórmula" y por eso en general se elige a una figura de mucho peso, aliada pero completamente diferente al candidato presidencial. Suele ser una forma de sellar una coalición o simplemente de compensar los puntos débiles del candidato principal. En Estados Unidos desde que se robustece su participación en el Ejecutivo, proceso que como se ha visto, comienza a mediados del siglo pasado y que culmina con la sanción de la vigesimoquinta enmienda, el Vicepresidente deja de presidir el Senado al que sólo concurre cuando asiste al Presidente o en caso de que sea necesario su voto de "desempate" o *casting vote*. Desde entonces se ha ido fortaleciendo su lugar como colaborador del Presidente. Posición que como se ha visto está institucionalizada, en mayor o menor grado, en varias Constituciones latinoamericanas.

4. ACEFALÍA DEL PODER EJECUTIVO

El art. 88[35] se ocupa de la acefalía del Poder Ejecutivo como consecuencia de distintas circunstancias que pueden llevar a la vacancia del

(35) Art. 88: "En caso de enfermedad, ausencia de la Capital, muerte, renuncia o destitución del presidente, el Poder Ejecutivo será ejercido por el vicepresidente de la Nación.

cargo. Esta situación puede ser permanente o temporaria, en función de la continuidad en el tiempo de las distintas causales reconocidas en la mencionada disposición constitucional. Parcial o total: parcial cuando importe el alejamiento del Presidente o del Vicepresidente solamente; total, cuando los afecta a los dos, la que de ser permanente, ha sido considerada como acefalía de la República. La Constitución aporta una solución para la primera, cuando el involucrado es el Presidente. En este caso, es el Vicepresidente quien debe reemplazarlo mientras deja en manos del Congreso la decisión en materia de acefalía total y no se pronuncia sobre la cuestión de la acefalía permanente del Vicepresidente.

a) Acefalía parcial y temporaria

La primera parte del art. 88 prevé esta posibilidad al expresar que "en caso de enfermedad, ausencia de la Capital, muerte, renuncia o destitución del Presidente, el Poder Ejecutivo será ejercido por el Vicepresidente de la Nación". Este es uno de los dos papeles institucionales que recaen sobre el Vicepresidente, precisamente la posibilidad que siempre se encuentra latente de convertirse en el titular del Poder Ejecutivo y por lo tanto, dejar de ejercer la presidencia del Senado en calidad de órgano extrapoder.

b) Acefalía total y permanente

El art. 88 en su segunda parte apunta a asegurar la continuidad del Poder Ejecutivo cuando el mismo se encuentra vacante, determina que "en caso de destitución, muerte, dimisión o inhabilidad del presidente y vicepresidente de la Nación, el Congreso determinará qué funcionario público ha de desempeñar la presidencia, hasta que haya cesado la causa de la inhabilidad o un nuevo presidente sea electo". El carácter unipersonal de la composición del Ejecutivo torna más urgente la necesidad de regular las consecuencias derivadas de la situación analizada, se trata de una cuestión que adolece de múltiples lagunas tal como surge de la mera lectura del artículo. Situación que asombra dadas las numerosas y frecuentes crisis de continuidad en el ejercicio de la presidencia que ha adolecido nuestra evolución institucional. El constituyente ha dejado la resolución de la cuestión en manos del legislador. La cláusula transcripta ha dado lugar a dos interpretaciones:

En caso de destitución, muerte dimisión o inhabilidad del presidente y vicepresidente de la Nación, el Congreso determinará qué funcionario público ha de desempeñar la Presidencia, hasta que haya cesado la causa de la inhabilidad o un nuevo presidente sea electo".

a) Una de tipo literal que lleva a sostener que la designación prevista frente a la vacancia, debe ser llevada a cabo directamente por el Congreso, transformándose éste en colegio electoral extraordinario con la misión de elegir al funcionario público que asumirá la presidencia de la Nación.

b) Otra corriente considera que el Congreso debe sancionar una ley que contemple el orden sucesorio y los restantes pasos destinados a la resolución de las crisis derivadas de la vacancia de la titularidad del Poder Ejecutivo. Esta modalidad es la prevista en la Constitución de los Estados Unidos de América. El Congreso entendió que su cometido debía llevarse a cabo de conformidad con esta última interpretación a pesar de la postura contraria de la doctrina, en tanto el constituyente argentino había decidido expresamente apartarse de lo dispuesto en la Constitución norteamericana y por ello no incluyó en dicha cláusula el texto en comentario. No obstante ello, el Congreso sanciona en 1868 la ley 252[36] de Acefalía[37]. La primera Ley de Acefalía establecía un sistema en dos etapas. La primera determinaba el orden sucesorio de los funcionarios que debían ocupar el Ejecutivo; de manera sucesiva, ellos eran: el Presidente Provisional del Senado, el Presidente de la Cámara de Diputados, el Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. La segunda etapa se iniciaba con la convocatoria por parte del Presidente en ejercicio, dentro del plazo de 30 días, a elecciones presidenciales. La normativa no establecía el plazo para la celebración de los comicios, aunque se interpretó razonablemente que ello debía ocurrir a la mayor brevedad, en función de las necesidades de organización del proceso electoral. En julio de 1975 la ley 20.972[38] reemplaza a la 252 adaptando las reglas a la seria situación institucional por la que atravesaba el país. La Vicepresidenta de la Nación, María Estela Martínez de Perón había asumido la presidencia de la Nación luego de la muerte del General Perón, quien había ejercido la titularidad del Poder Ejecutivo por menos de un año. La crisis institucional que aquejaba a la Argentina era el producto de serios problemas que provenían del pasado, agravados por la debilidad

---

(36) Ley 252, B.O. 1868/09/19.

(37) Al respecto coincidimos con la opinión de JOAQUÍN V. GONZÁLEZ quien considera que "si el criterio de ésta —nuestra Constitución— al sustituir las palabras 'declarará por una ley' (de la Constitución estadounidense), por las de 'determinará qué funcionario...' hubiera sido el de practicar una elección de la persona en cada caso, la Constitución lo habría dicho expresamente, pues determinar un funcionario no es elegir una persona, tanto menos cuanto que la Constitución en todos los casos ha sido prolija en estas distinciones".

(38) Ley 20.972, B.O. 1975/07/21.

de la administración de la Sra. de Perón. El mecanismo instaurado en la nueva ley fue modificado por la ley 25.716[39] sancionada también para adaptar la normativa a la situación creada por la renuncia anticipada del Presidente elegido por la Asamblea, que llevó a adelantar los comicios para Presidente y Vice y a que éstos asumieran el poder seis meses antes del inicio del período presidencial, sin que éste se computara a los efectos de la reelección. La nueva ley mantiene el esquema en dos etapas. En efecto, se elimina el llamado al electorado de la ley 252 y se establece una elección indirecta a cargo del Congreso, reunido en Asamblea Legislativa, de conformidad con las exigencias en materia de plazos, quórum y mayorías detalladamente reglamentadas en la norma. El art. 4º de la ley modificado por la 25.716, establece que *la elección recaerá en un funcionario que reúna los requisitos del* art. 89 de la CN y desempeñe alguno de los siguientes mandatos populares electivos: Senador nacional, Diputado nacional o Gobernador de Provincia. Ambas leyes tienen vacíos legislativos, serias inconstitucionalidades, y de su texto se evidencia que se han sancionado para solucionar situaciones conyunturales y no a la inversa.

c) Omisiones

En primer lugar la norma omite la determinación del plazo para la convocatoria de la Asamblea Legislativa, de lo que resulta que tampoco está establecida la duración de su mandato, ni las consecuencias para el funcionario en ejercicio transitorio de la presidencia de la Nación del incumplimiento de esta obligación. A estas deficiencias se suma la falta total de tradición en nuestro derecho público de un colegio electoral *ad hoc* de estas características. También es objetable que los gobernadores figuren entre los funcionarios que pueden ser designados puesto que se trata de funcionarios provinciales que asumirán un cargo nacional con serio desmedro para el federalismo. Luego de la reforma constitucional de 1994, el mantenimiento de una norma que contiene una modalidad indirecta de elección del presidente contradice totalmente la letra y el espíritu de las modificaciones llevadas a cabo en este campo. Es de destacar el carácter directo de la elección de Presidente y de Vicepresidente, lo que también ocurre con la designación de Senadores nacionales. A la luz de lo expresado, creemos que la elección indirecta consagrada en una ley anterior a la reforma de la Ley Fundamental es inconstitucional ya que se opone a la fórmula electoral elegida de manera uniforme por el

(39) "Acefalía Presidencial", B.O. 2003/01/08.

constituyente de reforma para la provisión de los cargos de los titulares de los Poderes Legislativo y Ejecutivo nacionales.

d) Necesidad de reforma

Lo dicho demuestra la necesidad de modificar el sistema a mediante un marco que aporte soluciones acordes con lo establecido en la Constitución. Si bien la Convención Constituyente no lo hizo ello no es obstáculo para que el Congreso lleve a cabo esta tarea. La ley debe incluir el concepto de inhabilitación, el procedimiento para su declaración y la posibilidad de rehabilitación cuando ella sea transitoria. El vacío normativo que acusa la problemática de la acefalía requiere de un claro *compromiso de los legisladores, a fin de anticiparse al advenimiento de* emergencias institucionales, como ya ha ocurrido en el pasado, velando *porque exista un adecuado marco jurídico a esos efectos.*

BIBLIOGRAFÍA

- CASTIGLIONE, FRANCO, *Ballottage,* Diario Página 12, 1994/06/12.
- CIDH, Opinión Consultiva 4/84.
- CONSEJO PARA LA CONSOLIDACIÓN DE LA DEMOCRACIA (CCD), *Dictamen Preliminar sobre la Reforma constitucional,* Eudeba, Buenos Aires, 1986.
- CONSEJO PARA LA CONSOLIDACIÓN DE LA DEMOCRACIA (CCD), *Segundo Dictamen sobre la Reforma constitucional,* Eudeba, Buenos Aires, 1987.
- DUVERGER, MAURICE, *Instituciones políticas y derecho constitucional,* Ariel, Barcelona, 1968.
- GOLDSTEIN, JOEL, *The New Constitucional Vice Presidency,* Wake Forest Law Review Association , Nº 505, 1995.
- GROS ESPIELL, H., *Alternancia en el Gobierno* en: *Diccionario Electoral, I.I.D.H.-CAPEL, San José de Costa Rica, 1989.*
- HAMILTON, MADISON y JAY, *El Federalista,* Fondo de Cultura Económica, México, 1974.
- HAURIOU, ANDRÉ, *Derecho constitucional e instituciones políticas,* Ariel, Barcelona, 1971.
- JIMÉNEZ, EDUARDO P., *Derecho Constitucional Argentino,* t. III, Ediar, *Buenos Aires, junio de 2000.*

- PALAZZO, EUGENIO L, *La República, el Presidenciales, el Federalismo: Las opciones fundamentales de 1853,* en: *Estudios sobre la Constitución Nacional en su sesquicentenario,* Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 2003.
- QUIROGA LAVIÉ, H, BENEDETTI, M. A. y CENICACELAYA, M. de las N., *Derecho Constitucional Argentino,* Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2001.

CAPÍTULO XVII

PODER EJECUTIVO

SEGUNDA PARTE

SUMARIO: 1. Competencia del Poder Ejecutivo. a) Alcance general. b) Jefaturas del Presidente. c) Poderes colegislativos.— 2. Poder reglamentario. a) Introducción. b) Tipos de decretos. i) Decretos autónomos. ii) Decretos de ejecución. iii) Decretos de necesidad y urgencia. iii.1) Antecedentes. Derecho comparado. iii.2) Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. iv) Decretos delegados. iv.1) La delegación legislativa en la Constitución Nacional. iv.2) La cuestión en el derecho comparado y en las Constituciones provinciales. iv.3) Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. v) Decretos de promulgación parcial de leyes. v.1) Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. c) Control por el Congreso de los decretos de naturaleza legislativa.— 3. Organos de control. a) Auditoría General de la Nación. b) El Defensor del Pueblo. i) La reforma constitucional de 1994. ii) Interpretación jurisprudencial.— Bibliografía.

1. COMPETENCIA DEL PODER EJECUTIVO

La reforma de 1994 no ha introducido grandes cambios en el cuadro de las atribuciones presidenciales en particular. A modo de síntesis introductoria podemos decir que se suprimieron tres incisos; los relativos a la jefatura de la Capital (ex art. 86, inc. 3) y al ejercicio del Patronato que, recordamos, quedó derogado por el Concordato de 1966 (ex art. 86 incs. 8 y 9)[1]. Asimismo, se ha agregado el inciso 20 relativo a la intervención federal que antes no figuraba. Por lo tanto, el actual art. 99, que reemplaza al ex 86, tiene dos incisos menos que su correlativo de la Constitución histórica. Por último, de las atribuciones que el Presidente conserva, es decir de los incisos que la nueva disposición retoma, catorce han sido objeto de modificaciones. En muchos casos sólo se trata de una actualización del lenguaje o de la adición de nuevos contenidos a los ya existentes, y sólo cinco incisos del antiguo art. 86 conservan la redacción precedente.

(1) Ver Capítulo IX, *Relaciones del Estado argentino con la Iglesia Católica.*

a) Alcance general

La competencia del Poder Ejecutivo abarca un amplio campo de facultades contempladas fundamentalmente en el art. 99 de la Constitución, las que pueden ser agrupadas de la siguiente forma:

- Colegislativas (incs. 3, 8 y 9).
- Poder reglamentario (incs. 2 y 3).
- Nombramientos y remoción de funcionarios (incs. 4, 7 y 19).
- Jubilaciones y pensiones (inc. 6).
- Poderes financieros (inc. 10).
- Poderes militares (incs. 12 a 15).
- Representación ante la comunidad internacional (inc. 11).
- Poderes excepcionales (incs. 5, 16 y 20).
- Responsable político de la administración general del país (inc. 1).

A los fines de establecer una comparación con la competencia del Jefe de Gabinete, ordenaremos con criterio similar la enunciación del art. 100 de la Constitución:

- Poder reglamentario (incs. 2, 8, 12 y 13).
- Nombramiento de funcionarios (inc. 3).
- Poderes financieros (incs. 6 y 7).
- Ejercicio de la administración general del país (inc. 1).

b) Jefaturas del Presidente[2]

De la interpretación conjunta de los artículos 99 y 100, correspondientes a las atribuciones del Presidente de la República y a las del Jefe de Gabinete, se advierte que este último no posee un verdadero campo de potestades propias. La lectura comparativa de los respectivos catálogos de facultades nos lleva a la siguiente conclusión: el Jefe de Gabinete es una figura subordinada a la voluntad presidencial, mientras que se ha

(2) Ver Capítulo XIII, *El Jefe de Gabinete y los ministros.*

vigorizado el papel del Primer Mandatario. Ello, permite definir la titularidad de las jefaturas que se derivan del ejercicio de las facultades del Poder Ejecutivo. Son ellas, la jefatura de Estado y la de Gobierno, que en el parlamentarismo aparecen separadas en cabeza del Jefe del Estado y del Primer Ministro, respectivamente. Mientras, que es de la esencia del presidencialismo la reunión de ambas en cabeza del Presidente de la Nación[3].

Por otro lado, antes de la reforma de 1994, el Presidente era el Jefe de la Capital Federal, calidad que ha desaparecido como consecuencia del régimen autonómico que la Ciudad de Buenos Aires ha adquirido de acuerdo a lo establecido en el art. 129 de la Ley Fundamental[4].

El art. 99, inc. 12, le confiere una jefatura específica al titular del Ejecutivo: la de "*Comandante en jefe de todas las fuerzas armadas de la Nación*", de la que surgen las restantes potestades de orden militar. Debe tenerse en cuenta que estas atribuciones se complementan con las facultades correlativas que posee el Congreso (art. 75, incs. 25 a 28), dado que casi todos los actos contemplados dentro de esta esfera de competencias requieren del concurso de los dos órganos políticos. Al respecto, cabe destacar que todos los actos que importen la intervención del país en un conflicto bélico deben estar revestidos de esta exigencia que los convierte en decisiones de tipo complejo en virtud de la participación de dos poderes, como condición previa para que se exprese válidamente la voluntad estatal.

El avance del Ejecutivo en este tipo de cuestiones se puso de manifiesto en 1990 cuando la Argentina toma parte en la alianza de países que acompañan a los Estados Unidos en la invasión a Irak (Guerra del Golfo). La que se produjo como respuesta de la invasión de ese país al emirato de Kuwait. En aquella oportunidad la oposición denunció la decisión unilateral que había tomado el Presidente Menem de tomar parte en el conflicto sin convocar previamente al Congreso. Es importante tener en cuenta que la participación legislativa debe tener lugar independientemente de que los acontecimientos bélicos hayan sido declarados formalmente o no. Ello, en razón de que en los tiempo actuales rara vez se hace una declaración formal de guerra antes de desencadenar acciones militares lo que no impide que se esté en presencia de sucesos de las características previstas en la cláusula constitucional que se comenta[5].

(3) Ver Capítulo XIII, *Presidencialismo.*

(4) Ver Capítulo VII, *La Ciudad de Buenos Aires...*

(5) Art. 99, inc. 15, "(...) *Declara la guerra y ordena represalias con autorización y aprobación del Congreso.*"

c) Poderes colegislativos

Se denomina función colegislativa a la participación del Poder Ejecutivo en la sanción y formación de las leyes. Hacemos hincapié en el término *participación* que importa la intervención en alguna de las etapas que compone el proceso de elaboración de una ley, siempre que ello no importe el ejercicio de funciones legislativas propiamente dichas, esto es de hacer la ley que en la Constitución histórica no les estaban permitida al Presidente de la Nación. El marco de ejercicio de encuentra definido en el art. 99, inc. 3, primer párrafo, según el cual el Presidente *participa de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, las promulga y hace publicar.*

Con la reforma, se ha modificado el texto de la norma de manera positiva, pues, antes se decía "sanciona y promulga", redacción que se prestaba a confusión, pues es el Congreso el que sanciona. Además, no se hablaba de la etapa de publicación, la que es ordenada por el Ejecutivo.

Esta particular atribución de facultades guarda un equilibrio con otras que también les son concedidas a los otros poderes y que si bien por su naturaleza no deberían entrar dentro de su esfera de competencia, también en esos casos, la asignación de potestades persigue una finalidad de control. De este modo es incorporada la teoría de Montesquieu del control recíproco entre los poderes del Estado, que según él debía erigirse en el medio capaz de "detener al poder" y que como ha quedado dicho en el Capítulo I consideramos una de las funciones fundamentales en el Estado de Derecho.

Con anterioridad a la reforma, la función colegislativa del Ejecutivo se limitaba a compartir la iniciativa en la presentación de proyectos de leyes junto con los integrantes del Legislativo —art. 77—, la potestad de observación o de veto de leyes —art. 83— y la de promulgar las leyes sancionadas por el Congreso. Además, de la apertura de las sesiones ordinarias y de la facultad de convocar al Congreso a sesiones extraordinarias. Es decir que hasta la reforma, como ya hemos indicado el Ejecutivo no legislaba, en ninguna circunstancia. Su intervención se limitaba a impulsar y a fiscalizar el proceso legislativo[6]. El ejercicio de funciones legislativas por parte del Presidente ha sido una modalidad que con el transcurso del tiempo se fue introduciendo en la dinámica del poder y que como veremos más adelante produjo el desarrollo de jurisprudencia a efectos de definir su alcance y límites. Luego la reforma del '94 constitucionaliza esas atribuciones pero como analizaremos con la finalidad de limitar su uso.

(6) Ver Capítulo XV, *Proceso de formación de la ley.*

2. PODER REGLAMENTARIO

a) Introducción

He aquí uno de los campos que ha operado como fuente de una gran ampliación de las facultades del Presidente, fenómeno que padecen la mayoría de los países latinoamericanos y que está reñido con el principio de separación de poderes. Este es uno de los pilares del Estado de Derecho, ya que apunta a satisfacer la necesidad de controlar el poder gubernamental de modo de preservar la esfera de libertad de los gobernados. De conformidad con los postulados del constitucionalismo, para lograr tan complejo propósito el gobierno debe organizarse en tres poderes independientes y a cada uno de ellos se les debe conceder, junto a sus competencias específicas, un número de facultades propias de los otros dos poderes, a los fines de asegurar el control recíproco del ejercicio de las funciones gubernamentales.

Con el correr del tiempo y en razón del cambio de las características y el alcance de las potestades de gobierno, la división funcional de competencias ha ido sufriendo importantes modificaciones. Estos cambios se manifiestan, principalmente, por el otorgamiento al Poder Ejecutivo de competencias excepcionales de carácter legislativo que normalmente deben ser ejercidas por los parlamentos. Este estado de cosas, que contradice la ortodoxia de la teoría constitucional, obliga a readecuar la asignación de potestades de modo de reinstaurar el equilibrio entre los Poderes Legislativo y Ejecutivo. Es por ello que, de manera concomitante con la pérdida de una parte de sus facultades, al Legislativo se le confiere el control del ejercicio de las nuevas potestades adquiridas por el Ejecutivo. Los mecanismos de fiscalización a cargo del órgano encargado de hacer la ley deben ser lo suficientemente vigorosos como para restablecer la equivalencia de funciones entre los poderes mencionados.

La evolución institucional ocurrida en nuestro país, en abierta contradicción con lo que establecía nuestra Constitución hasta la reforma de 1994, le ha posibilitado al Presidente de la Nación el dictado de actos de contenido legislativo, a través de tres modalidades diferentes. Son ellas: los decretos de necesidad y urgencia (DNU), los decretos delegados y los de promulgación parcial de leyes. Frente a tamaña enormidad, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se vio obligada a elaborar "estándares" de interpretación susceptibles de limitar la desmesura del desempeño presidencial en la materia.

El constituyente reformador de 1994 optó por dar status constitucional a los tres institutos de modo de establecer, por una parte, la regla general según la cual las tres herramientas le están prohibidas al pri-

mer mandatario. Por otra parte, se le deben conceder excepcionalmente estas facultades, pero, rodeadas de un esquema apropiado de controles que impidan que se continúe con los abusos. Así las cosas, de los arts. 76, sobre delegación legislativa de facultades, 80 sobre promulgación parcial de leyes y 99, inc. 3, sobre decretos de necesidad y urgencia, surge un esquema de fiscalización a cargo del Congreso, que reposa fundamentalmente en una Comisión Bicameral Permanente, la cual debe ser creada por ley, para cuya sanción se requiere la mayoría absoluta de miembros de ambas Cámaras[7].

b) Tipos de decretos

i) Decretos autónomos

El dictado de este tipo de decretos se deriva de la calidad de Jefe de Gobierno que posee el titular del Ejecutivo (art. 99, inc.1º). En ese marco puede elaborar las normas necesarias para el funcionamiento de la administración pública, ya que es el responsable político de ella. Por caso, el estatuto para el personal civil de esa administración. Es de destacar, que para el dictado de este tipo de instrumentos no es necesario la existencia de una ley previa, pues, como su nombre lo indica, son normas autónomas, cuyo dictado es competencia exclusiva del Presidente.

ii) Decretos de ejecución

Antes de la reforma, los reglamentos *"necesarios para la ejecución de las leyes"* eran los únicos que tenían reconocimiento constitucional expreso. Estos instrumentos "deben guardar congruencia con el principio de razonabilidad establecido en el art. 28 de la Constitución, o sea, no deben alterar con excepciones reglamentarias el espíritu de las leyes que reglamentan, lo que implica lisa y llanamente destacar la regla de subordinación de la reglamentación a la legislación, imponiéndose así claramente al Poder Ejecutivo la regla de la supremacía constitucional"[8]. Ocurre que estos decretos al encontrarse en un orden jerárquico inferior a la ley que reglamentan no pueden contradecir su contenido, ya que su única razón de ser radica en la necesidad de hacer viables, aplicables todas las disposiciones que ella contiene. En consecuencia, las normas reglamentarias si se opusieran a las legales dejarían de cumplir con su

(7) Ver en este Capítulo, *Control de los decretos de naturaleza legislativa*.

(8) JIMÉNEZ, EDUARDO P., *Derecho Constitucional Argentino*, t. III, Ediar, Buenos Aires, junio de 2000, p. 84.

misma razón de ser que es repetimos lograr la aplicación de estas últimas. Recordemos que esta facultad presidencial no le fue reconocida al Presidente en la Constitución de los Estados Unidos, sino que quedó en manos del Congreso.

iii) Decretos de necesidad y urgencia

Esta modalidad importa el otorgamiento al titular del Ejecutivo de la potestad legislativa en determinadas circunstancias excepcionales. El instituto no es una creación de la reforma y existe en diferentes latitudes, inclusive en países de reconocida vocación democrática. Pero, su consagración constitucional se encuentra siempre rodeada de numerosas garantías entre las cuales es de destacar el marcado aumento de la función parlamentaria de control. Por el contrario, esos remedios institucionales de fiscalización son muy débiles en el caso argentino.

El principio general establecido en el segundo párrafo del art. 99, inc. 3º de la Constitución determina que *"El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo"*. Este postulado constituye la regla de oro en materia de ejercicio de facultades legislativas por parte del Presidente. En consecuencia, esa clara prohibición impone que toda excepción deba ser interpretada con un alcance restrictivo. Además, la consagración de este tipo de nulidad importa la posibilidad del control de constitucionalidad de los jueces quienes serían los únicos habilitados para declararla.

En cuanto a los decretos de necesidad y urgencia, la primera gran exigencia para su concreción se funda precisamente en la situación excepcionalísima de emergencia dentro de la cual deben estar enmarcados. Sobre este particular, recurrimos a la opinión de Bidart Campos, quien considera que "el texto nuevo es en esto muy claro y elocuente; a la mención de la excepcionalidad agrega palabras que no soportan tergiversaciones oportunistas; así, cuando dice que las circunstancias excepcionales hacen imposible el seguimiento del procedimiento legislativo, hemos de entender que esta imposibilidad no alcanza a alojar una mera inconveniencia, ni habilita a elegir discrecionalmente, por un puro criterio coyuntural y oportunista, entre la sanción de una ley y la emanación más rápida de un decreto"[9].

El esquema de controles establecido en la Constitución, a pesar de tratarse de una excepción a la separación de los poderes, no presenta el

(9) BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, t. VI, Edíar, Buenos Aires, 1995, p. 433.

vigor necesario que asegure una mejor defensa del interés general. Ello, en razón de que el órgano que experimenta un decrecimiento de sus facultades —en nuestro caso el Legislativo— no se ve recompensado con la atribución de un caudal similar de potestades en materia de control sobre el órgano que se ha visto beneficiado en su detrimento.

En primer lugar, aparece la intervención del Gabinete y de su Jefe (conf. párr. 4º del inc. 3 del art. 99). En segundo lugar, se impone a este último la obligación de someter el decreto a la consideración de una Comisión Bicameral Permanente, pero, no establece cuáles son los efectos jurídicos de esa intervención. Si bien es cierto que se determina una mayoría especial para la sanción de la ley correspondiente, no deja de inquietar la fragilidad de un sistema de competencia del Congreso, cuyo funcionamiento y eventuales consecuencias se vinculan con los principios fundamentales en que se sustenta la estructura del poder establecida en la Constitución Nacional.

iii.1) Antecedentes. Derecho comparado

El surgimiento, en el presente siglo, de estas nuevas facultades a favor de los departamentos ejecutivos es la respuesta a un cambio profundo en el tipo de funciones asumidas por el Estado moderno. En efecto, el siglo XIX se caracterizó por el desarrollo del denominado "Estado gendarme"(10), como modelo de estructura funcional, es decir, abstencionista y sólo limitado a la regulación de ciertos campos fundamentales de actividad como la defensa, las relaciones internacionales, etc., para que los ciudadanos tuvieran el pleno goce de sus derechos y garantías. El siglo XX, por el contrario, daría nacimiento al denominado "Estado providencia", caracterizado por la realización de actividades a cargo de éste que *per se* implican su intervención en los más variados campos de la actividad humana. Dentro de éstas, se destacan las cuestiones de índole administrativa que, por ende, sólo pueden ser realizadas por el Ejecutivo, dada su naturaleza y la necesaria rapidez con que deben ejecutarse los actos que ellas involucran. Muchas de esas decisiones importan la necesidad de llevar a cabo acciones para hacer frente a emergencias que, fundamentalmente, en el terreno económico, requieren de la toma de medidas inmediatas sin que su publicidad anticipada pueda alertar el comportamiento contraproducente de ciertos agentes. Esta sería la explicación "fáctica" que da fundamento a una nueva distribución funcional de las actividades estatales.

Desde el terreno jurídico, si bien se reconoció la existencia de la nueva realidad y su correlato en el campo institucional, se trató de que su régimen legal estuviera rodeado de las mayores garantías y controles. Ellos son la reducción del número de materias sobre las cuales dichos decretos pueden versar, la definición de la emergencia o de circunstancias excepcionales como su única motivación, tratando de que aquélla tuviese la redacción más cerrada posible, y, por último, la intervención inmediata del Congreso como órgano legitimador o ratificador del reglamento dictado por el Poder Ejecutivo. Por supuesto, esta potestad conferida al Legislativo importa igualmente la posibilidad de que éste rechace el instrumento, en cuyo caso también se debe determinar si dicha negativa tiene efecto retroactivo o no. Asimismo, se debe tener en cuenta que en los países donde se ha regulado esta materia, el control de todo lo atinente a ello no sólo es ejercido por el Congreso, sino que también intervienen otros órganos específicos como son los Consejos Constitucional y de Estado, en Francia.

(10) Ver Capítulo VIII, *Constitucionalismo y derechos.*

Una de las primeras leyes fundamentales en ocuparse de la cuestión fue la de Alemania de 1919, conocida como Constitución de Weimar. El recuerdo de lo acontecido en Alemania, bajo su vigencia (desde 1919 hasta el advenimiento del nazismo, en los años 30), no puede sino alarmarnos sobre los efectos nocivos que una mala "praxis" en esta materia puede provocar sobre la vitalidad del Estado de Derecho. Sin ánimo de extendernos en la cuestión, nos parece importante señalar que el uso excesivo de sus facultades extraordinarias, en que incurrieron los presidentes alemanes que debieron gobernar durante aquellos agitadísimos años de la vida de ese país, bajo el marco de un semipresidencialismo *sui generis*, de alguna manera preparó el camino para que, poco después, una de las más terribles dictaduras que registra la historia de la humanidad pudiera instalarse. El profesor Shulze de la Universidad de Berlín recuerda que en uso del art. 48 el Presidente adquiría poderes extraordinarios, entre ellos el de dictar reglamentos de necesidad y urgencia. Nos permitimos reproducir una parte de sus apreciaciones relativas a la utilización de las emergencias por parte del titular del Ejecutivo en aquellas épocas, y a sus consecuencias sobre el sistema.

Luego de exponer el concepto del "estado de urgencia" del citado artículo de la Constitución de Weimar y de las medidas a que su ocurrencia podía dar lugar, el jurista berlinés agrega que "existían otras formas de estado de urgencia. Nadie puede sospechar que Friedrich Ebert, primer Presidente social demócrata, hubiese tenido aspiraciones dictatoriales". Pero, a continuación agrega que, a pesar de ello, "durante su presidencia (...), publicó al menos 135 decretos-leyes en cumplimiento del art. 48, entre los cuales 44 decretos para mejorar la crisis económica, sobre todo para vencer la inflación de 1923-1924. Los miembros de la Convención Constituyente de Weimar no habían pensado en ello, pero estas facultades no se oponían a la letra de la Constitución. Y a las urgencias policia-

les y económicas, se agregó en 1930 la urgencia constitucional: el *Reichstag* (Parlamento) rechazó una ley muy importante sobre el presupuesto, propuesta por el gobierno, sin poder sancionar una ley alternativa. De nuevo, el Presidente se impuso como legislador de reemplazo; la burocracia elaboraba un número importante de leyes cada vez más largas y más complicadas que el Presidente luego promulgaba bajo la forma de decretos-leyes: "para la consolidación de las finanzas", "para la abolición de los estados de urgencia económica, financiera y social": en 1930 fueron cinco decretos dictatoriales, en 1931, 44 y en 1932, aumentaron a 60. "¿Y el *Reichstag* (Parlamento)? ¿Qué hacía?".

A continuación de estas dramáticas preguntas, Shulze hace un prolijo relato del debilitamiento hasta la total desaparición que registra el Parlamento de la época. "En adelante el Presidente reunió en sus manos los Poderes Ejecutivo y Legislativo, designaba y removía a los primeros ministros y a los ministros, sancionaba leyes, resumiendo, cumplía todas las funciones del Estado. A ello se debe agregar el prestigio personal del segundo Presidente, Paul von Hindenburg (...), inclusive el propio derecho constitucional comenzaba a verlo ya no como 'poder neutro' sino cada vez más como 'el dirigente supremo de la política alemana', inclusive como 'el guardián de la Constitución'. Sin que se hubiere violado su letra, la Constitución de Weimar hizo resurgir en los momentos críticos a un personaje ya bien conocido: el constitucionalismo monárquico de la antigua Prusia y del Reich de Bismarck"[11]. Estas últimas apreciaciones creemos que ponen de manifiesto, en todo su dramatismo, la importancia que siempre presentan las tradiciones y los comportamientos políticos de cada país, por encima de los marcos legales. En este caso se ve de qué modo la existencia de un instituto de emergencia puede poco a poco convertirse en un procedimiento normal de gobierno que llevará, en definitiva, a la destrucción de todo el andamiaje jurídico de controles y de libertades, para reconducirlo nuevamente al mismo orden dictatorial que regía con anterioridad y que la nueva Ley Fundamental, de raigambre democrática, aspiraba cambiar.

La Constitución de España de 1978 regula en detalle a los que ella denomina decretos-leyes. Al respecto expresa su art. 86: "1. En caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de decretos-leyes y que no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas, ni al Derecho

(11) SHULZE, HAGEN, *La posición del Presidente del Reich en la República de Weimar*, en: *Les Régimes Semi-Présidentiels*, ob. cit., ps. 116/7. (Traducido del francés por D. Sabsay).

electoral general. 2. Los decretos-leyes deberán ser inmediatamente sometidos a debate y votación de totalidad al Congreso de los Diputados, convocado al efecto si no estuviere reunido, en el plazo de los treinta días siguientes a su promulgación. El Congreso habrá de pronunciarse expresamente dentro de dicho plazo sobre su convalidación o derogación, para lo cual el Reglamento establecerá un procedimiento especial y sumario. 3. Durante el plazo establecido en el apartado anterior las Cortes podrán tramitarlos como proyectos de ley por el procedimiento de urgencia".

La Constitución italiana, por su parte, en su art. 77, luego de establecer como principio general que: "El Gobierno no puede, sin delegación de las Cámaras, dictar decretos que tengan fuerza de ley ordinaria", agrega que: "Cuando, en casos extraordinarios de necesidad y urgencia, el Gobierno adopta, bajo su responsabilidad, medidas provisorias con fuerza de ley, debe presentarlas el mismo día, para su conversión, a las Cámaras que, aun si se hallan disueltas, son convocadas con tal objeto y se reúnen dentro de los cinco días. Los decretos pierden eficacia desde el principio, si no son convertidos en ley dentro de los sesenta días de su publicación. Las Cámaras pueden sin embargo reglar por ley las relaciones jurídicas nacidas sobre la base de los decretos no convertidos".

La conjunción de las dos disposiciones nos permite reunir la totalidad de los elementos de control que enumeramos con anterioridad. La Constitución española limita las materias, pero es menos severa en los plazos para la convocatoria del Parlamento. La Constitución italiana agrega el carácter retroactivo de la decisión parlamentaria, la que de ser negativa borra los efectos jurídicos que el decreto no convalidado hubiere producido en el transcurso del breve período de tiempo de su vigencia. Además, es de destacar que este último régimen hace jugar el silencio en contra de la validez del decreto-ley. Solución que consideramos sumamente atinada.

Asimismo, ciertas características del sistema político italiano y español le agregan al procedimiento dos reaseguros suplementarios que obran como importantes garantías para evitar desbordes en el ejercicio de esta facultad extraordinaria. El primero proviene de la propia composición colegiada del Ejecutivo en el parlamentarismo —forma de gobierno imperante en los dos países—. Como ya ha quedado dicho, este órgano es colectivo, por lo cual las decisiones tomadas por el Gobierno —tal el caso en esta materia— necesitan de la voluntad de todo el gabinete. Cuerpo que debe meditar mucho antes de apelar a la emergencia para legislar, pues, una incorrecta evaluación de la situación puede costarle su remoción como producto de una moción de censura exitosa votada en el Legislativo.

La segunda garantía, a que hacíamos referencia en el párrafo anterior, proviene de la intervención de oficio o a instancia de parte —en función

de las particularidades del procedimiento de cada lugar— del Tribunal o Corte Constitucional, órgano que entre otras funciones ejerce el control preventivo de la constitucionalidad de este tipo de instrumentos. A tales efectos, apreciará en abstracto su congruencia o no con la Ley Fundamental, como asimismo le corresponde evaluar el carácter excepcional o no de las circunstancias que justificaron el dictado del decreto-ley, en tanto habilitantes para la procedencia de la medida gubernamental. La sentencia contraria tiene efectos derogatorios del reglamento cuestionado. Por otra parte, este órgano entiende en los conflictos de competencia entre los poderes del Estado, lo que constituye una nueva vía de intervención en el control de la institución que nos ocupa.

Pese a la existencia de este amplio abanico de controles, el profesor Santiago Sánchez de la Universidad de Madrid se muestra muy escéptico al tiempo de hacer un balance de la aplicación del art. 86, en los primeros seis años posteriores a la sanción de la nueva Constitución (1978-84). "En una época atravesada por tremendas contradicciones, cuando el hierro de madera es moneda corriente en los círculos políticos y la ambigüedad impera en la comunicación humana, el decreto-ley, un híbrido con cuerpo de decreto y alma de ley —al decir de Carnelutti—, el Bibí Andersen (famoso transexual español) de las normas con rango de ley, ha encontrado perfecto acomodo ecológico. En otro tiempo, en España, por más que fuese irrelevante la forma fenoménica de manifestarse los mandatos gubernamentales del autodenominado Movimiento Nacional, supuesto el principio de unidad de poder expresamente reconocido, el decreto-ley era el instrumento habitual del Ejecutivo. La instauración de un régimen constitucional democrático alentó, sin duda, esperanzas fundadas en un gobierno mediante leyes preestablecidas, promulgadas, expresión de la voluntad soberana del pueblo, representada en las Cortes, y en un abandono de la tradicional práctica de los decretos-leyes improvisados y absolutamente arbitrarios. Los constituyentes, conscientes de la necesidad de dotar de competencias legisladoras al órgano ejecutivo en el marco de un Estado social, reconocieron ciertamente, como excepción al principio general, la facultad gubernamental de dictar normas con rango de ley, pero la sometieron a serias restricciones. Posiblemente, compartían el criterio de Montesquieu, quien consideraba los decretos y edictos 'une mauvaise sorte de legislation'" (en francés en el texto original)[12]. A partir de esta introducción el autor se pregunta sobre lo ocurrido con posterioridad.

La respuesta es por demás desalentadora. En primer término, Sánchez se queja de la proliferación de este tipo de instrumentos, que sos-

(12) SÁNCHEZ, SANTIAGO, *El control de las disposiciones normativas gubernamentales*, en "Revista de Derecho Político", Universidad Nacional de Educación a Distancia, Nº23, Madrid, 1986, ps. 172/3 y 179.

tiene fueron 101 decretos en el transcurso del lapso analizado. Luego, señala la casi automática convalidación por parte del Congreso y por último la poco rigurosa actividad de control desarrollada por el Consejo Constitucional, a pesar de las amplísimas facultades de que lo dota la Constitución para cumplir con sus cometidos. Precisamente, luego de hacer un minucioso análisis de varias de las más sonadas decisiones del alto tribunal, en particular de aquella que declaró la constitucionalidad del decreto-ley de expropiación del grupo RUMASA, concluye su artículo expresando que "por lo que respecta a los decretos-leyes, la función realizada por el Tribunal Constitucional hasta este momento se ha apartado de la actividad jurisdiccional para insertarse en un ámbito extraño al rigor, la precisión, la sistemática y la seguridad jurídica y, en todo caso, muy alejado de las intenciones de los constituyentes y peligroso para los gobernados"[13].

A nivel latinoamericano nos parece relevante el modo como regula la cuestión la Constitución del Brasil de 1988. Al respecto, el art. 62 dispone de manera similar a la Constitución argentina la posibilidad de que el Presidente de la República pueda adoptar medidas provisionales con fuerza de ley en caso de relevancia y urgencia, luego se determina que debe someterlas de inmediato al Congreso Nacional, *"el cual, estando de vacaciones, deberá ser convocado extraordinariamente para reunirse en el plazo de cinco días"*. A ello se agrega la hipótesis de falta de reunión del Parlamento; en tal caso establece la disposición que las medidas provisionales pierden eficacia si no fueran convertidas en ley en el plazo de 30 días. Llama la atención que el constituyente reformador argentino no haya tomado este valioso precedente del constitucionalismo sudamericano, ya que de haberse adoptado una cláusula semejante no se hubiesen producido los abusos en que los presidentes han incurrido en el dictado de decretos de contenido legislativo desde entonces. Inclusive, valiéndose del período de receso del Congreso para tratar de evitar los controles[14].

iii.2) Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

- Caso "Peralta"[15]

Antes de la reforma constitucional de 1994, el Máximo Tribunal reconoció la legitimidad de los que denomina "reglamentos de necesidad

(13) Idem.

(14) Cabe recordar los DNU's 2010/09 y 18/10 dictados por la Presidenta Cristina Kirchner que desataron una grave crisis institucional.

(15) Fallos: 313:1513; LA LEY, 1991-C, 158.

y urgencia", con fundamento en la doctrina de la emergencia económica[16]. Pero, si bien la adopción jurisprudencial en nuestro país de dicha doctrina reconoce larga data, en "Peralta" fue la primera oportunidad en que se convalidó un decreto —no una ley— para remediar la crisis.

En el caso, se impugnaba la validez constitucional del decreto 36/90, *por el cual se limitaba la devolución de los depósitos a plazo fijo a una* determinada suma, debiendo percibirse el resto en títulos de la deuda pública (plan bonex). Para resolver sobre la legitimidad del decreto, no obstante su naturaleza legislativa, el Alto Tribunal sostuvo que el principio de separación de poderes *no debe interpretarse en términos que equivalgan al desmembramiento del Estado. En consecuencia, el dictado* de una norma por parte del Poder Ejecutivo, como la impugnada, no necesariamente podía considerarse inválida por la sola razón de su origen[17].

En este orden de ideas, estableció las condiciones que debía cumplir la norma para su la validez. Ellas son: 1) que el Congreso no adopte *decisiones diferentes en los puntos de política económica involucrados;* y 2) que haya mediado una situación de grave riesgo social, frente a la cual existió la necesidad de una medida súbita, cuya eficacia no se conciba por medios distintos a los arbitrados[18]. Según el criterio enunciado, la Corte admitió la ratificación tácita por parte del Congreso, ya que resul*taba suficiente que el legislador no dictara una disposición contraria al* decreto dictado por el Ejecutivo para que el decreto quedase ratificado con el silencio del Legislativo.

Ahora bien, una vez declarada la legitimidad del decreto de necesidad y urgencia en cuanto a su origen, al verificarse en el caso los requisitos enunciados, el Tribunal sólo tuvo que recurrir a su antigua doctrina sobre la emergencia económica para determinar la extensión de las facultades del Ejecutivo y del Legislativo en épocas de crisis[19].

A partir del principio de la relatividad de los derechos reconocidos por la Constitución, según el cual no hay derechos absolutos y todos son *susceptibles de reglamentación, ratificó, en general, la doctrina que re*conoce la validez de las restricciones al derecho de propiedad para remediar tales situaciones, siempre que no se altere su sustancia, que la medida sea transitoria y que atienda a la protección del interés público,

(16) Ver Capítulo XII, *Evolución jurisprudencial de la doctrina de la emergencia económica.*
(17) Ver considerando 18.
(18) Ver considerando 24.
(19) Ver considerando 37.

que tal legislación sea razonable y no desconozca las garantías individuales *o las restricciones que la Constitución contiene en salvaguardia de las instituciones*[20].

- *Caso "Vídeo Club Dreams"*[21]

*En el caso, se puso en tela de juicio la constitucionalidad de un decre*to de necesidad y urgencia, dictado con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, por el cual el Poder Ejecutivo extendió a los videoclubes el impuesto establecido por el art. 24 de la ley 17.741 de fomento de la actividad cinematográfica. Llegadas las actuaciones a la Corte Suprema por la vía extraordinaria, el Tribunal examinó la procedencia del ejercicio presidencial de facultades legislativas en materia impositiva. Asimismo, reafirmó la facultad del Poder Judicial de valorar la urgencia invocada por el Poder Ejecutivo para justificar la medida.

En lo atinente al primer aspecto, la norma impugnada fue declarada inconstitucional, porque lesionaba el principio de legalidad tributaria, el cual constituye una *limitación constitucional infranqueable,* conclusión que se hallaba corroborada en el texto constitucional reformado, en cuanto la materia tributaria es una de las expresamente excluidas de la órbita de los DNU's por el art. 99, inc. 3º.

Luego, la Corte ponderó, si bien en *obiter dictum*, la situación de *emergencia invocada por el demandado, para concluir en la falta de evi*dencia de un grave riesgo social que hiciera necesario la adopción de una medida súbita como la cuestionada ni que su dictado hubiera obedecido a factores que comprometieran el desarrollo económico del Estado, con lo cual ratificó, como dijimos, las facultades judiciales de control. Por *otra parte, rechazó, a los efectos convalidatorios,* la consideración que el Congreso pueda efectuar respecto del decreto impugnado al aprobar la ley de presupuesto[22].

- Caso "Rodríguez"[23]

El pronunciamiento dictado en "Rodríguez" se aparta del criterio adoptado en "Peralta" y en "Video Club Dreams". En efecto, la Corte Suprema se autolimita en su potestad de ejercer el control de constitucionalidad de los decretos de necesidad y urgencia, declinando esta atribu*ción en el Congreso de la Nación. Del mismo modo, no valoró, como lo*

(20) Ver considerando 42. En el Capítulo XI tratamos las limitaciones al derecho de propiedad en la jurisprudencia de la CSJN.
(21) Fallos: 318:1154.
(22) Ver considerando 16.
(23) Fallos: 320:2851.

había hecho en los fallos mencionados, la existencia de una situación de emergencia que hiciera necesaria la instrumentación de una medida de tal índole por parte del Poder Ejecutivo.

Se trataba, en el caso, del pedido de una medida cautelar formulado por un grupo de legisladores —al que adhirió el Defensor del Pueblo—, con el objeto de que se suspendieran los efectos del decreto de necesidad y urgencia por el cual se establecía el marco regulatorio y la privatización del servicio aeroportuario. Decretada la medida solicitada, el Estado Nacional apeló la resolución y, a su vez, se presentó el Jefe de Gabinete en forma directa ante la Corte Suprema, planteando la falta de jurisdicción de la magistrada interviniente, así como de la Cámara para entender en la causa.

El Tribunal, en su voto mayoritario, dejó sin efecto lo resuelto con fundamento en su doctrina sobre la ausencia de caso, ya que, quienes habían pretendido la intervención judicial no habían acreditado un perjuicio concreto[24]. No obstante, dejó establecida varias reglas referidas al control de los decretos de necesidad y urgencia.

En este sentido, sostuvo que *"sólo pueden considerarse sometidos al pertinente contralor del Poder Legislativo de la Nación, a quien corresponde pronunciarse acerca de la concurrencia de los extremos de valoración política, que habilitan el ejercicio de la facultad excepcional del Poder Ejecutivo, así como de la oportunidad, mérito y conveniencia de su contenido"*[25].

Por otra parte, destacó que no existía justificación para la requerida intervención del Poder Judicial en una cuestión seguida por los poderes políticos y pendiente de tratamiento por uno de ellos[26], el Congreso Nacional, pues, de otro modo *"...se estarían desconociendo las potestades de este último órgano quien, como depositario de la voluntad popular, la Constitución atribuye una excluyente intervención en el contralor de los decretos de necesidad y urgencia, delicada función política propia del legislador que no puede ser interferida en el modo de su ejercicio por el Poder Judicial sin grave afectación del principio de división de poderes..."*[27].

Finalmente, la Corte ratificó la atribución presidencial para dictar decretos de necesidad y urgencia, pese a la falta de reglamentación de la Comisión Bicameral Permanente. Según sostuvo, la mera omisión legislativa importaría privar *sine die*, al titular del Poder Ejecutivo nacional de una facultad conferida por el constituyente[28].

(24) Ver considerando 5, en el cual el voto de la mayoría remite al dictamen del Ministerio Público.
(25) Ver considerando 15.
(26) El citado decreto había sido girado para su tratamiento a la Comisión de Asuntos Constitucionales del Senado de la Nación, que se expidió por su ratificación.
(27) Ver considerando 16.

- Caso "Verrocchi"[29]

La doctrina establecida en el caso "Rodríguez" fue dejada sin efecto poco tiempo después en el precedente "Verrocchi". Allí se cuestionó la validez de un decreto, por el cual se excluía de la percepción de las asignaciones familiares a los trabajadores cuyas remuneraciones superaran los mil pesos.

La Corte Suprema, con diferente mayoría que en "Rodríguez", reafirmó sus atribuciones para ejercer el control de constitucionalidad de los decretos de necesidad y urgencia. En este sentido, sostuvo que *"...corresponde al Poder Judicial el control de constitucionalidad sobre las condiciones bajo las cuales se admite esa facultad excepcional, que constituyen las actuales exigencias constitucionales para su ejercicio"*, destacando más adelante que *"la falta de sanción de una ley especial que regule el trámite y los alcances de la intervención del Congreso (art. 99, inc. 3º, párrafo cuarto 'in fine') no hace sino reforzar la responsabilidad"*[30].

A partir del principio basal de separación de poderes y de la regla general establecida en el art. 99 inc. 3º, segundo párrafo, según la cual *"el Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo"*[31], el Tribunal sostuvo que sólo es válido el ejercicio de esta atribución *"cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes"*[32], según lo define expresamente la norma.

Esta imposibilidad, según la doctrina del Tribunal, requiere:

1) Que las Cámaras del Congreso no puedan reunirse por circunstancias de fuerza mayor que lo impidan, como ocurriría en el caso de acciones bélicas o desastres naturales que imposibilitaran su reunión o el traslado de los legisladores a la Capital Federal.

2) Que la situación que requiere solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente, en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes[33].

(28) Ver considerando 13.
(29) Fallos: 322:1726.
(30) Ver considerandos 9º y 11.
(31) Ver considerando 7º.
(32) Ver considerando 8º.
(33) Ver considerando 9º.

Asimismo, la Corte Suprema superó el estándar de control de constitucionalidad, al precisar que *"corresponde descartar criterios de mera conveniencia ajenos a circunstancias extremas de necesidad, puesto que* la Constitución no habilita a elegir discrecionalmente entre *la sanción de una* ley o la imposición más rápida de ciertos contenidos materiales por *medio de un decreto"* [34].

Un importante precedente es el fallo "Pinedo y otros" [35] en el que la Sala de Feria de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal ha establecido importantes parámetros para el dictado de DNU's tomando como antecedente el caso "Verrocchi", por ello incluimos nuestro comentario en este acápite. Allí ha quedado establecido como principio general: "Que la previsión de la nulidad absoluta e insanable como categoría constitucional significa haber institucionalizado la competencia jurisdiccional en los casos en los cuales el Poder Ejecutivo Nacional pudiera haber dictado disposiciones fuera del marco constitucional" [36]. Más adelante, se refuerza el razonamiento, cuando se expresa que ello, "(...) no implica, de modo alguno, poner en tela de juicio la competencia específica de cada uno de los poderes del Estado, señalados por la Constitución Nacional, sino su adecuación al plexo normativo que rige la República" [37]. Por último, la sentencia manifiesta, trayendo a colación importantes precedentes de la Corte Suprema, que "...incluso en los casos en que la interpretación constitucional lleve a encontrar que determinadas decisiones han sido atribuidas con carácter final a otras ramas del gobierno, el Tribunal siempre estará habilitado para determinar si el ejercicio de una potestad de dicha naturaleza ha sido llevado a cabo dentro de los límites de ésta y de acuerdo con los recaudos que le son anejos. El quebrantamiento de alguno de los mentados requisitos o el desborde de los límites de la atribución, harían que la potestad ejercida no fuese, entonces, la de la Constitución y allí es donde la cuestión deja de ser inmune a la revisión judicial por parte del Tribunal encargado —por mandato de aquélla— de preservar la supremacía de la Ley Fundamental" [38].

Si bien este no ha sido un fallo de la Corte Suprema, sin embargo por provenir de la alzada federal y contar con los medulosos votos de dos

(34) Idem.

(35) CNContenciosoadministrativo Fed., sala de feria, 2010/01/22, "Pérez Redrado, Hernán Martín - inc. med. (8-1-10) c. E.N. - P.E.N. - dto. 18/10, LA LEY, 2010/01/28, 6, con nota de HÉCTOR MANCHINI; LA LEY, 2010/02/01, 4, con nota de MANUEL ALEJANDRO AMÉNDOLA; EDUARDO BARCESAT; ROBERTO J. BOICO; MARÍA ANGÉLICA GELLI; ANDRÉS GIL DOMÍNGUEZ; RICARDO GIL LAVEDRA; DANIEL ALBERTO SABSAY; LA LEY, 2010/02/05, 5, con nota de GUSTAVO J. THOMAS.

(36) Considerando e).

(37) Considerando IV.

(38) Considerando VI.

destacadas camaristas como son Marta Herrera y Clara Do Pico, consideramos que estamos frente a un precedente que marca un valladar creciente en el control de este tipo de decretos, que podría en el futuro ser confirmado por la Corte Suprema.

- Caso "Smith" [39]

Se trató, en la especie, de uno de los tantos amparos iniciados por ahorristas, cuyos depósitos fueron atrapados por el llamado corralito financiero. Llegadas las actuaciones a la Corte Suprema en virtud del dictado de una medida cautelar favorable al afectado, el Tribunal sostuvo que, si bien las razones de oportunidad, mérito o conveniencia tenidas en cuenta por los poderes políticos para adoptar decisiones que les son propias no están sujetas al control judicial, ello no era óbice para que se intensificara el control de la razonabilidad de las leyes y actos de gobierno implementados para la solución de la crisis [40].

En este orden de ideas, el voto de mayoría enfatizó el *"inédito y prolongado estado incertidumbre"* de los afectados con respecto a la disponibilidad de sus depósitos bancarios, debido a la profusión de normas dictadas sobre el tema. [41] Concluyó así, en que, aun en el contexto de la emergencia, la limitación impuesta había demostrado un ejercicio irrazonable de las facultades de los poderes públicos destinado a conjurar la crisis, lo cual afectó la intangibilidad del patrimonio y el propósito de afianzar la justicia. Esta lesión a los principios constitucionales aludidos, unida a la ausencia de razones decisivas que justificaran la serie de medidas adoptadas, fue considerada como el fruto de una reglamentación irrazonable, contraria al art. 28 de la Ley Fundamental [42].

- Caso "Provincia de San Luis" [43]

En este fallo, la Corte declara la inconstitucionalidad del decreto 214/02 de "pesificación", confirmando en gran parte la doctrina contenida en "Smith". Es importante destacar la interpretación que hace el Alto Tribunal del juego de las atribuciones excepcionales del presidente de la Nación, derivadas de los arts. 76 y 99, inc. 3º de la Constitución, la cual lo lleva a establecer que el titular del Poder Ejecutivo no puede arrogarse nuevas facultades a través del dictado de decretos de necesidad y urgen-

(39) Fallos: 325:28.

(40) Ver considerando 8º.

(41) Ver considerando 9º.

(42) *Ver considerandos 10 y 11.*

(43) Fallos: 326:417.

cia, dentro del marco de una situación de emergencia que ha quedado definida en una ley de delegación.

Por ello se afirma que *"la simultánea apelación a dos fuentes disímiles para el ejercicio de tales atribuciones impone determinar si éstas son compatibles y, en su caso, cuál es su respectivo ámbito de aplicación"* (44). Pues bien, el examen que a esos efectos efectúa la Corte arroja un resultado negativo y, por lo tanto, a criterio de ésta, el Poder Ejecutivo se ha arrogado facultades que no le son propias invadiendo así el ámbito del Congreso (45).

El consecuente corolario es el siguiente: el Ejecutivo no puede dictar decretos de necesidad y urgencia cuando se encuentra en vigencia una norma del Congreso que ya ha definido el contexto de excepción y le ha conferido a su favor la potestad de ejercer facultades legislativas delegadas. Dentro del mismo contexto de emergencia prima la decisión legislativa en la determinación del quántum de la potestad ejecutiva a efectos de hacer frente a la crisis, ya que si el Ejecutivo supera ese marco de ejercicio torna ilusoria la potestad del Congreso de determinar el marco de la delegación (art. 76 de la Constitución).

- Caso "Bustos" (46)

En el caso, la Corte Suprema dejó de lado la doctrina establecida en "Provincia de San Luis" no sólo con respecto a la inconstitucionalidad de la pesificación de los depósitos bancarios, sino, también, con relación al estándar del control de constitucionalidad de los decretos de necesidad y urgencia. Sin embargo, corresponde destacar que no existieron las mayorías necesarias para declarar la constitucionalidad del decreto 214/02. En efecto, los doctores Belluscio, Maqueda, Boggiano y Highton de Nolasco rechazaron la acción de amparo convalidando, de manera general, las normas de emergencia. No así el voto del doctor Zaffaroni, que concurrió a formar la mayoría, pero, sólo se pronunció a favor de la validez de la pesificación de los depósitos bancarios cuando éstos superaran los U$S 140.000, como sucedía en el caso. Según su criterio, existirían diversas categorías, respecto de cada una de las cuales fija una solución diferente (47).

(44) Ver considerando 26.

(45) En efecto, dentro del mismo contexto fáctico de la ley de emergencia 25.561, la pretensión del Presidente de ir más allá ejerciendo la facultad que le brinda el art. 99 de la Constitución importa, en realidad, desconocer la autoridad del legislador en su rol de impedir que supere de manera irrazonable la órbita del ejercicio de sus propias facultades.

(46) Fallos: 327:4495.

(47) Ver voto del doctor Zaffaroni, considerandos 10 y ss.

Ahora bien, no obstante la profusión de fundamentos y la discutida mayoría que mediatizó la solución del litigio —con la sola disidencia del doctor Fayt—, conviene poner de resalto como resulta notorio el evidente retroceso jurisprudencial en materia de garantías individuales que importó este pronunciamiento (48). El renunciamiento implícito de la Corte Suprema a ejercer el control de constitucionalidad, con el argumento de que ello obligaría a controlar la política económica, de exclusivo resorte de los poderes políticos (49), obstaculizó el examen de la validez del decreto que dispuso la pesificación, en sus dos aspectos, formales y sustantivos, con la gravedad que ello implica en tanto se trata de facultades conferidas al Presidente sólo con carácter excepcional.

No obstante, y de manera contradictoria, para justificar la emergencia y darle sustento a la solución adoptada, la mayoría utilizó argumentos de política económica, aprobando de manera general toda la normativa dictada en virtud de la situación excepcional, con fundamento en la gravedad de la crisis. La fragilidad del pronunciamiento, derivada de la ausencia de mayoría de fundamentos, determinó que el Máximo Tribunal, en su nueva integración, emitiera un nuevo fallo sobre la pesificación de los depósitos bancarios.

La sentencia recaída en el caso "Massa" (50) fue, en palabras de la Corte, una respuesta de carácter institucional, tendiente a poner fin a *"las cuestiones tan largamente discutidas entre los depositantes y las entidades bancarias"* (51). Con apoyo en su constante doctrina según la cual *"sus sentencias deben atender a la situación existente al momento de decidir"*, se llegó a la conclusión de que el *quantum* fijado para la devolución de los ahorros no lesionaba el derecho de propiedad de los ahorristas (52).

Seguidamente, coincidió con el precedente "Bustos" sólo respecto de la constitucionalidad del *"bloque legislativo de emergencia que fundamenta jurídicamente la regla general de la pesificación"*, con sustento en los arts. 75, inc. 11, y 76 de la Constitución Nacional (53). Con excepción del voto de la doctora Argibay, la sentencia no estableció reglas precisas sobre los requisitos de validez de los decretos de naturaleza legislativa (54).

(48) Ver Capítulo XII, *Emergencia económica*.

(49) Ver considerando 15.

(50) Fallos: 329:5913; LA LEY, 2007-A, 316.

(51) Ver considerandos 8º a 12.

(52) Ver considerando 20.

(53) Ver considerando 21.

(54) Ver en particular considerando 3º, en cuanto sostiene que toda disposición de carácter legislativo emitida por el Poder Ejecutivo debe reputarse *prima facie* inconstitucional, en virtud de lo establecido por el art. 99, inc. 3, primer párrafo de la Constitución.

iv) Decretos delegados

A diferencia de los decretos de necesidad y urgencia emitidos en ejercicio de una facultad propia del Presidente, los decretos delegados son dictados en virtud de una delegación efectuada a su favor por el Congreso.

Es corolario del principio de separación de poderes que el Poder Legislativo es el único que puede hacer la ley y, sobre dicha esfera de competencia, al Ejecutivo sólo le cabe el ejercicio de atribuciones colegislativas, cuales son la iniciativa parlamentaria, la promulgación y la observación o veto de una norma sancionada por el Congreso. Sin embargo y, tal como lo hemos expresado, el Ejecutivo fue adquiriendo ciertas potestades legislativas, cuyo ejercicio sólo resulta aceptable cuando se ejecuta dentro del estrecho espacio reconocido especialmente en las leyes fundamentales.

Así, el Presidente comenzó a desempeñar facultades de naturaleza legislativa, básicamente por una aplicación extensiva de su competencia para el dictado de reglamentos de ejecución o de aplicación de leyes. Ante este avance de la actividad ejecutiva, a la justicia le cupo definir los límites de esa nueva esfera de competencia que no surgía de manera explícita del texto constitucional. En adelante, se fue elaborando una jurisprudencia que le dio un marco de referencia a la delegación legislativa, del mismo modo que a los decretos de necesidad y urgencia y a los de promulgación de las partes no observadas de una ley parcialmente vetada por el Presidente.

La reglamentación constitucional de 1994, al aceptar las tres modalidades arriba mencionadas, tuvo por finalidad principal y casi exclusiva, limitar su ejercicio de modo de revertir el estado de cosas existente. Por ello, en las tres disposiciones en que están contemplados —arts. 76, 80 y 99, inc. 3º—, el constituyente comienza su desarrollo enunciando el principio general negatorio de dicha facultad. Por ejemplo en relación con la delegación legislativa, el art. 76 establece que "se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca".

La cláusula es la resultante de la evolución de la doctrina de los jueces a lo largo de más de 70 años. Como ya se dijo, el instituto ya existía previamente a la reforma que ha decidido incorporarlo al texto constitucional. Su tratamiento importa un engrosamiento de la potestad reglamentaria del Ejecutivo. Asimismo, le procura a este órgano un nuevo ámbito de facultades legislativas, el de erigirse en determinadas circunstancias en el hacedor directo de la ley. A través de esta innovación cobran status

constitucional los llamados reglamentos delegados que conjuntamente con los de necesidad y urgencia tratan sobre materias de naturaleza legislativa en abierta disparidad con los postulados del principio de separación de poderes del constitucionalismo clásico.

Para que pueda operar la delegación legislativa sin afectar de manera irremediable a las instituciones republicanas, es necesario:

- que la delegación sea impropia, esto es que, no importe el traspaso *in totum* de una porción de la competencia del Congreso, sino simplemente la facultad de completar un marco jurídico elaborado por él;
- que el órgano delegante no pierda sus facultades de control sobre el órgano delegado, fiscalización que incluye la posibilidad de dejar sin efecto el reglamento resultante de la delegación;
- por ende, el delegante no pierde tampoco su competencia sobre la materia delegada;
- ciertas materias que hacen a los derechos fundamentales de las personas, entre otras, deben quedar fuera de la esfera de la delegación;
- el órgano delegante debe determinar en el acto de delegación los principios de política legislativa en la materia. Expresión que la jurisprudencia estadounidense encierra en el concepto de "estándar" o patrones legislativos. Es decir que la misma no será una suerte de "cheque en blanco" concedido a favor del ejecutivo sino que este último debe completar una norma ya "planeada" por el legislador a través de todos los contenidos emparentados por su naturaleza con el tipo de tareas que él desarrolla;
- que no sea implícita, es decir supuestamente derivada de otro acto del legislativo; por el contrario, ella debe ser expresa y para el caso o situación en cuestión;
- que sea por tiempo determinado;
- que exista un control jurisdiccional *a posteriori*, además del que le compete al propio órgano delegante.

iv.1) La delegación legislativa en la Constitución Nacional

La constitucionalización del instituto, que ya formaba parte de la Constitución material argentina, fue presentada por los actores del Pacto de Olivos como un modo de contener su ejercicio desde la letra de la

Ley Fundamental. Pues bien, tomando como punto de partida ese razonamiento, veamos de qué modo se limita esta facultad legislativa del Presidente, según el texto del art. 76 incorporado a la Ley Suprema por la reforma.

Al igual que en las otras dos disposiciones que le conceden este tipo de potestades al primer mandatario (arts. 80 y 99 inc. 3º), se establece en primer lugar un principio general que la prohíbe. Luego, en la segunda parte del primer párrafo encontramos limitaciones en razón de la materia y del tiempo.

Sólo se admite la delegación cuando versa sobre *"materias determinadas de administración o de emergencia pública"*. Estamos frente a voces de tal amplitud que, por ende, es difícil pensar que puedan ser útiles para contener excesos que desvirtúen la prohibición de delegar. Todas las funciones del legislativo pueden considerarse que tienen connotaciones administrativas. Si la intención del reformador consistió en limitar las materias, debió, al menos, considerar fuera del alcance de la delegación todas aquellas cuestiones susceptibles de afectar los derechos fundamentales de las personas.

La segunda limitación impuesta es la emergencia, en este caso pública. Pero, como hemos visto, recurrir a esta expresión, dada la evolución de su uso en la realidad institucional argentina, importa usar la expresión de rigor de la que la autoridad se ha valido toda vez que ha querido superar el marco constitucional que limita su imperio[55].

iv.2) La cuestión en el derecho comparado y en las Constituciones provinciales

La Constitución italiana de 1948 es una de las primeras leyes fundamentales posteriores a la segunda posguerra que introduce a la delegación legislativa en su articulado.

Lo hace de la siguiente manera: Artículo 76: "El ejercicio de la función legislativa no puede ser delegado en el Gobierno sino con determinación de principios y criterios directivos y solamente por tiempo limitado y para objetos definidos". Como podemos ver, *grosso modo*, la disposición contiene las exigencias requeridas para la validez de la delegación, a las que nos hemos referido anteriormente. La interpretación jurisprudencial ha sido la encargada de completar su sentido y darle su verdadero alcance. Cabe recordar que el sistema de control constitucionalidad imperante

(55) Esta cuestión es objeto de análisis en el Capítulo XII.

en Italia es el de tipo concentrado a cargo de una tribunal constitucional que es muy activo en la fiscalización de este tipo de iniciativas.

El constituyente español de 1978, por su parte, ha sido mucho más cuidadoso y se ha encargado de reglamentar en el texto constitucional los límites a que debe ajustarse el instituto. La cuestión es objeto de tratamiento por parte de varias disposiciones (arts. 81 a 85). Las materias contenidas en las "leyes orgánicas" no pueden ser delegadas. Se trata de derechos fundamentales y libertades públicas, aprobación de autonomías regionales y régimen electoral. La delegación debe ser atribuida en forma expresa, por tiempo determinado y sobre una materia en particular.

La profesora Demaría Massey se ocupa del tratamiento de la delegación de facultades, en general, de un órgano a favor de otro en el derecho público provincial. Ello le permite identificar un primer grupo de Provincias cuyas Constituciones la impiden de manera expresa. Son ellas: Buenos Aires (art. 45), Catamarca (art. 3º), Ciudad de Buenos Aires (art. 84), Córdoba (art. 13), Corrientes (art. 15), Chaco (art. 5º), Formosa (art. 26), Jujuy (art. 7º), Mendoza (art. 12), Misiones (art. 6º), Santa Cruz (art. 31), Tucumán (art. 3º) y Salta: art. 4º (cuyo texto transcribimos como ejemplo de este grupo): *"Los poderes públicos no pueden delegar facultades conferidas por esta Constitución, ni atribuirse otras que las expresamente acordadas por ella"*. Dentro de este panorama en el cual el principio de separación de poderes en su aplicación ortodoxa parece predominar, nuestra autora cita dos Provincias, cuyas Constituciones permiten, con carácter excepcional, la delegación legislativa. Son ellas: San Juan (art. 44) y Santiago del Estero, art. 9º, que dice así: *"La delegación de facultades a los poderes de gobierno sólo podrá efectuarse en forma excepcional y con expresa indicación de su alcance y bajo la condición de que sea por tiempo determinado y lo actuado por el Poder delegado esté sujeto a control por el Poder delegante. La delegación puede ser revocada cuando el delegante juzgue propio hacerlo, sin que afecte como consecuencia de ello los derechos irrevocablemente adquiridos por su aplicación. No podrán delegarse aquellas facultades que son propias e inherentes de un Poder. El Poder Judicial no puede delegar, en ningún caso, sus funciones jurisdiccionales"*[56].

Esta postura tímida de parte del derecho público provincial también encuentra su correlato en una parte de nuestra doctrina, que también se

(56) DEMARÍA MASSEY, M. E., *La delegación en las Constituciones provinciales argentinas*, en Revista de la A.A.D.C., Año V, Nº 44, Buenos Aires 1989, ps. 6 y ss. Sobre el mismo tema recomendamos también: BIANCHI, ALBERTO B., "La delegación de funciones legislativas en el derecho constitucional de las provincias", ED, 130-831.

manifiesta renuente a aceptar la constitucionalización de la delegación legislativa. Así, Zarza Mensaque, si bien no se opone a la incorporación de los reglamentos de necesidad y urgencia, con los resguardos contenidos en el nuevo derecho público provincial, se niega rotundamente a aceptar la delegación de funciones legislativas en la Constitución Nacional. El jurista cordobés expresa que "un Presidente dotado de facultades tan amplias como las que posee en nuestro país tendería a convertirse en autócrata con facilidad si, además de las potestades que constitucionalmente le corresponden, se le concedieran atribuciones legislativas más amplias. El problema —concluye— no radica en darle más poderes al Poder Ejecutivo, sino en controlar los que tiene. Por lo tanto, no hay que potenciarlo sino limitarlo, sin que por ello deje de ser el conductor y principal gestor de la actividad del Estado"[57].

iv.3) Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

- Caso "Delfino"[58]

La negativa de la doctrina clásica, fundada principalmente en la prohibición del art. 29 y en la aplicación del principio de separación de poderes en el sentido que le concede el constitucionalismo, no le ha impedido a la jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal, desde muy antiguo, aceptar el fenómeno de la delegación legislativa a través de variados argumentos.

Así, en "Delfino", considerado el *leading case* en esta materia, la Corte da comienzo a esta suerte de jurisprudencia engañosa. Se cuestionaba en la causa la multa impuesta a un buque extranjero, por haber violado el art. 43 del reglamento del puerto de la capital, que prohibía a los buques "arrojar al agua o a tierra en el interior del puerto objeto alguno, sea cual fuere su especie, peso, dimensiones o calidad", en consonancia con el art. 117 que prevé la sanción.

La impugnación constitucional se fundó en que las citadas disposiciones, dictadas en virtud de la autorización otorgada al Poder Ejecutivo por la ley 3445 de creación de la Prefectura General de Puertos, para crear contravenciones portuarias y juzgar de ellas "cuando la pena no excediera de un mes de arresto o de 100 pesos de multa", constituían una delegación de facultades legislativas, ya que el Poder Ejecutivo carecía

(57) ZARZA MENSAQUE, ALBERTO, *Delegación de facultades legislativas en el derecho constitucional comparado*, en Revista de la A.A.D.C., Año V, Nº 42, Buenos Aires, 1989, p. 16.

(58) Fallos: 148:430.

de atribuciones para crear sanciones penales, facultad ésta que la Constitución puso exclusivamente en manos del Poder Legislativo.

La Corte, al resolver en instancia extraordinaria, establece el principio general que prohíbe la delegación propia, diciendo que *"el Congreso no puede delegar en el Poder Ejecutivo o en otro departamento de la administración, ninguna de las atribuciones o poderes que le han sido expresa o implícitamente conferidos"*[59]. Luego, define la denominada delegación impropia al distinguir entre *"la delegación de poder para hacer la ley y la de conferir cierta autoridad al Poder Ejecutivo o a un cuerpo administrativo, a fin de reglar los pormenores y detalles necesarios para la ejecución de aquélla"*[60]. En este punto, el Alto Tribunal sostiene que el poder reglamentario del Poder Ejecutivo que le confiere el art. 86, inc. 2º —actual 99, inciso 2º— reviste la misma naturaleza de la facultad otorgada al Poder Legislativo en el art. 67 inc. 28 de la Constitución, sólo que en el caso de este último su contenido o extensión es ilimitado[61].

Conforme sostiene el Tribunal *"Habría una especie de autorización legal implícita dejada a la discreción del Poder Ejecutivo sin más limitación que la de no alterar el contenido de la sanción legislativa con excepciones reglamentarias..."*[62]. Por lo tanto, no existiría una delegación de atribuciones legislativas, sino el ejercicio por parte del Poder Ejecutivo de una facultad propia (la competencia reglamentaria consagrada por el art. 86, inc. 2), frente a la existencia de una ley en la cual el Congreso ha manifestado su voluntad *sólo de un modo general*[63].

- Caso "Mouviel"[64]

La Corte Suprema declara, en el caso, la inconstitucionalidad de los edictos policiales, abandonando su doctrina tradicional que los consideraba *"una simple consecuencia de la autorización legislativa contenida en el art. 27 del Código de Procedimiento Criminal..."*.

Al revisar su criterio, el Máximo Tribunal ratifica su doctrina, según la cual *"la configuración de un delito, por leve que sea, así como su represión, es materia que hace a la esencia del Poder Legislativo y escapa de la órbita de las facultades ejecutivas. Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe... Y es necesario que*

(59) Ver considerando 7º.
(60) Ver considerando 8º.
(61) Ver considerando 10.
(62) Ver considerando 12.
(63) Ver considerando 15.
(64) Fallos: 237:636.

haya, al mismo tiempo, una sanción legal que reprima la contravención para que esa persona deba ser condenada por tal hecho".

La ley previa, entonces, que exige la garantía del art. 18 de la Constitución requiere indisolublemente la doble precisión por el legislador de los hechos punibles y de las penas a aplicar. Lo contrario entraría en colisión con el sistema representativo republicano de gobierno que se apoya fundamentalmente en el principio de la división de los poderes. A la imposibilidad del Legislativo de simplemente delegar en el Poder Ejecutivo o en reparticiones administrativas la total configuración de los delitos ni la libre elección de las penas, el tribunal agrega que tampoco le resulta lícito al Presidente sustituirse al legislador al amparo de la facultad reglamentaria que le confiere el art. 86, inc. 2° de la Constitución —actual 99, inciso 2°—.

- Caso "Cocchia"[65]

Poco tiempo antes de la reforma de 1994, la Corte se pronunció en el caso "Cocchia", considerado un equivalente con relación a la delegación legislativa de lo que significó el caso "Peralta" en materia de reglamentos de necesidad y urgencia. Ello, en razón de la voluntad convalidatoria que en ambos casos manifestó el Alto Tribunal, a través de la denominada "mayoría automática", integrada por los ministros que el Presidente Menem había designado luego de haber logrado por ley del Congreso ampliar el número de miembros del Alto Tribunal. Esa iniciativa resultó muy negativa para las instituciones de la República, en tanto dichos magistrados estaban alineados de tal manera con el Ejecutivo que de hecho fueron el aval de las más groseras iniciativas que éste puso en marcha. En la especie, se trató de una acción de amparo promovida por el Secretario General del Sindicato de Encargados Apuntadores Marítimos contra el Estado Nacional y el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, con el fin de que se decretara la inconstitucionalidad del decreto 817/92, en cuanto, al modificar el convenio colectivo de la actividad portuaria, colisionaría con las garantías consagradas en el art. 14 bis de la Constitución.

En los considerandos del decreto se invocan las leyes 23.696 de reforma administrativa y 23.697 de emergencia económica, mediante las cuales el Poder Legislativo había puesto en marcha "un proceso de transformaciones económicas, para cuyo cumplimiento facultó al Poder Ejecutivo a adoptar decisiones tendientes a materializar las pautas allí fijadas". El acto del órgano administrador encontraría su justificación en

(65) Fallos: 316:2624.

la necesidad de reducir los sobrecostos que ocasionaba el régimen laboral portuario en vigencia.

Tanto el fallo de primera instancia como el de alzada hicieron lugar a la pretensión, en razón, fundamentalmente, de que las disposiciones del decreto no guardaban relación con la reforma del estado ni con la situación de emergencia. En consecuencia, el Poder Ejecutivo había excedido sus facultades constitucionales. Así las cosas, el caso llega ante la Corte Suprema, la cual revoca el pronunciamiento de Cámara, sosteniendo que el Poder Ejecutivo se encontraba habilitado para emitir el decreto impugnado. Acude, en el caso, a la noción de *reglamentos de ejecución sustantivos*, distinguiéndolos de los *reglamentos de ejecución adjetivos "ya que no tienen como finalidad establecer el procedimiento según el cual la Administración aplicará la ley... sino regular, por mandato del legislador, la concreta aplicación de la ley en la sustancia misma del objeto o finalidad por ella definidos. Esta segunda especie de reglamentos de ejecución —que sólo impropiamente pueden denominarse 'delegados'—, también por supuesto, encuentra el límite del citado art. 86, inc. 2° 'in fine' no pueden alterar el espíritu de la ley, es decir, la política legislativa que surge del texto aprobado por el Congreso"*[66].

A nuestro entender, las exorbitantes facultades que el voto de la mayoría le reconoce al poder administrador, importan de hecho el otorgamiento de la delegación legislativa propia, pues, quedan trastocadas todas las exigencias impuestas por la anterior jurisprudencia del Tribunal en esta materia. Así, como normas habilitantes se alude a leyes generales sancionadas tres años antes del dictado del cuestionado decreto, en las cuales, por otra parte, no se hace referencia alguna a la materia objeto de aquél. De tal modo, se convalidó el traspaso de una importante porción de la competencia del Legislativo. Se trata, nada menos, que de la potestad de reglamentar el art. 14 bis de la Constitución, facultad que el Congreso recibe por expresa disposición del constituyente. Ello, sin que exista un patrón o "standard" de política legislativa que sustente el poder que confiere al Ejecutivo, quien, además, lo recibe por tiempo indeterminado y de manera implícita.

- Caso "Colegio de Abogados c. Estado Nacional"[67]

En ocasión de pronunciarse en la causa "Colegio de Abogados c. Estado Nacional", la Corte Suprema fijó los alcances de la facultad del Poder Ejecutivo de dictar decretos delegados, así como los del control de constitucionalidad de estas medidas de carácter legislativo, según los término-

(66) Ver considerando 14.
(67) Fallos: 331:2406; LA LEY, 2008-F, 568.

nos del nuevo texto constitucional. En el caso, se hallaba en cuestión la validez del decreto 1204/2001, por el cual se eximía a los abogados del Estado de inscribirse en la matrícula de la asociación profesional actora y, en consecuencia, del pago del derecho fijo.

El Poder Ejecutivo esgrime dos argumentos para defender la validez de la norma. El primero de ellos es que se trataba de un decreto autónomo, es decir, dictado en uso de facultades privativas en el marco de la zona de reserva de la administración (art. 99, inc. 1º de la Constitución). El segundo, que su dictado había obedecido al ejercicio de las facultades delegadas por el Congreso en el art. 1º de la ley 25.414[68].

Al respecto, la Corte advierte sobre la inconsistencia de esgrimir dos argumentos encontrados en cuanto a su competencia propia o delegada para emitir el decreto, ya que el ejercicio de una y otra atribución está sujeto a diferentes condiciones de legitimidad[69].

Luego de descartar la primera de las argumentaciones invocadas[70], el Máximo Tribunal circunscribe la cuestión a decidir, a la validez del ejercicio por parte del Presidente de atribuciones legislativas delegadas, poniendo el acento en su carácter excepcional. Al respecto, destaca el principio general prohibitivo tanto en el art. 99.3, segundo párrafo, como en virtud de una delegación del Congreso (art. 76), y subraya que debe llevarse a cabo en "las condiciones o límites bajo los cuales ha de operar el caso excepcional en que el Presidente se encuentra habilitado para dictar decretos legislativos que, según sea, se denominan "decretos de necesidad y urgencia" o "decretos que ejercen facultades delegadas" (art. 100, incs. 13 y 12, respectivamente)"[71].

Seguidamente, hace un repaso pormenorizado de cada una de esas exigencias, el análisis comparado del instituto a la luz de la experiencia de los Estados Unidos y finaliza con la interpretación de la reforma. Todo ello le permite concluir en el carácter extraordinario de la delegación y en la exigencia de bases o de patrones inteligibles de parte del Congreso. En este sentido, la sentencia sostiene que *"... a partir del sentido que se buscó asignar al texto constitucional argentino y de las características del modelo seguido, se desprende que: 1°) la delegación sin bases está prohibida y 2°) cuando las bases estén formuladas en un lenguaje demasiado*

(68) Este artículo autorizaba al Poder Ejecutivo, en el marco de la emergencia pública, a dar continuidad a la desregulación económica derogando o modificando normas de rango legislativo de orden nacional en caso de que perjudiquen la competitividad de la economía.

(69) Ver considerando 5º.

(70) Ver considerandos 7º y 8º.

(71) Ver considerando 9º.

genérico e indeterminado, la actividad delegada será convalidada por los tribunales si el interesado supera la carga de demostrar que la disposición dictada por el Presidente es una concreción de la específica política legislativa que tuvo en miras el Congreso al aprobar la cláusula delegatoria de que se trate".

Más adelante reafirma la facultad del Poder Judicial de ejercer el control de constitucionalidad de tales decretos. En este sentido, sostiene que *"resulta insoslayable apenas se advierte que la delegación sin bases está prohibida precisamente porque bloquea la posibilidad de controlar la conexión entre la delegación del Congreso y la actividad desplegada por la autoridad administrativa. Así, por ser amplia e imprecisa, la delegación no confiere atribuciones más extensas, sino, al revés, a mayor imprecisión, menor alcance tendrá la competencia legislativa que podrá el Ejecutivo ejercer válidamente".* Concluye así en que la *defensa del decreto legislativo tendrá mayores probabilidades de éxito cuanto más claras sean las directrices de la ley delegatoria y menores, cuando ellas consistan sólo en pautas indeterminadas*[72].

Cabe destacar el indudable avance que significa esta sentencia en el campo del control de la delegación de facultades legislativas, su contenido fija parámetros restrictivos que se oponen de manera explícita a lo que determinara el Alto Tribunal con otra composición, en el caso "Cocchia".

v) Decretos de promulgación parcial de leyes

Esta modalidad la incluimos junto a los decretos de naturaleza legislativa, ya que tal como hemos adelantado se trata igualmente del ejercicio de este tipo de facultades. Inclusive en este caso cuando opera la promulgación parcial ella se concreta a través de un decreto que persigue esa finalidad. La promulgación parcial de una ley que ha sido proyectada por el Congreso constituye actividad legislativa ya que la modificación que traerá aparejada a partir de esa posibilidad de "reescribir" la norma que se le está concediendo al ejecutivo, modificará sin lugar a dudas el sentido de la misma, con un alcance que variará en función de la extensión que tenga el veto parcial en cada caso. Recordemos que la potestad de veto u observación —término contenido en el art. 80 CN—, del Presidente constituye una de las formas de control que éste ejerce sobre la actividad del Congreso dentro de la esfera de sus funciones colegislativas[73]. El Presidente puede vetar total o parcialmente toda ley sanciona-

(72) Ver considerando 12.

(73) El veto parcial no está contemplado en la Constitución de los Estados Unidos de América, ver en el Capítulo XIII la comparación que hacemos entre las facultades del Presidente de ese país y las del nuestro en las respectivas Leyes Fundamentales.

da por el Legislativo dentro el plazo de 10 días posteriores, caso contrario la norma queda aprobada de manera tácita. Si ésta fuera observada parcialmente la parte restante no podrá ser aprobada por el Presidente. Este es el principio general que el art. 80 CN expresa así: *Los proyectos desechados parcialmente no podrán ser aprobados en la parte restante.* Nuevamente aparece la prohibición como regla.

Cabe recordar que la Constitución histórica 1853/60 sólo contemplaba en el artículo que se comenta la promulgación tácita de un proyecto de ley, la posibilidad de la promulgación parcial de las leyes ha sido una novedad incorporada por la reforma de 1994 a fin de limitar una modalidad que surgió de la práctica institucional como una nueva fuente de facultades legislativas a favor del Presidente. Coincidimos con Gelli en el sentido que "los efectos políticos de esta práctica ejecutiva fueron —y son— notables: ha incrementado el poder del presidente y disminuido, en la misma medida, la atribución legisferante del Congreso. Con una característica más, que atenúa los controles y límites del poder. En los hechos, el veto y eventualmente la promulgación parcial son decididos por las burocracias administrativas en los bordes del examen social y sin responsabilidad político institucionales. Burocracias sobre las cuales pueden operar directamente los intereses"[74]. Es decir algo muy similar de lo que como hemos visto sucede con los otros dos tipos de decretos de naturaleza legislativa, en tanto todas estas costumbres se enfrentan con el principio de separación de poderes contribuyendo a consolidar el modelo "hiperpresidencialista" que impera en nuestro país.

Así las cosas, el objetivo de esta inclusión fue el de limitar su ejercicio lo que el constituyente de reforma realiza valiéndose de estándares que habían sido acuñados por la jurisprudencia de la Corte Suprema como veremos más adelante. Por ello, también en este caso esta prevista la excepción del mismo modo que como ocurre con los DNU's y con los decretos delegados, es decir, que la promulgación parcial puede tener lugar en caso de que ésta tuviera *"autonomía normativa y su aprobación parcial no altera el espíritu ni la unidad del proyecto sancionado por el Congreso"*. Por último, el proceso de control de los decretos de promulgación parcial de leyes es idéntico al de los decretos de necesidad y urgencia y de los delegados, ya que el Jefe de Gabinete debe dar intervención a la Comisión Bicameral Permanente[75] y luego se repiten los pasos que la Constitución prevé para las otras dos modalidades conforme a un diseño institucional que hace que una vez que el Ejecutivo haya ejercitado cual-

(74) GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*, 3ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 764.

(75) Ampliar en el Capítulo XV, *Proceso de formación de la ley. Promulgación parcial.*

quiera de estas facultades excepcionales se desencadene un proceso que confluye en los mismos órganos y a través de procedimientos idénticos.

v.1) Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

- Caso "Giulitta"[76]

La cuestión se suscita a raíz de la observación del Poder Ejecutivo a un artículo de la ley de presupuesto, por el cual el Congreso había derogado un impuesto a las alhajas. Con motivo de ese veto parcial, se continuó aplicando la ley anterior que imponía el referido gravamen. Los actores, quienes se habían visto afectados como contribuyentes, al advertir que el Gobierno se habría extralimitado en el uso de sus atribuciones constitucionales al vetar sólo una parte de la ley y poner en vigor el resto, fundan su demanda en el ejercicio de esta facultad, sin que previamente el Congreso hubiese considerado nuevamente todo el proyecto.

La Corte parte de la premisa según la cual es legítimo el veto parcial en el régimen de la Constitución, en cuanto ello surge de forma expresa de su texto. En consecuencia, aquél tiene que producir su efecto, que es el de suspender la aplicación de la ley. Sin embargo, el Tribunal considera que la observación parcial y la promulgación fragmentaria no se excluyen entre sí, sino que son independientes.

En este orden de ideas, concluye en que si hay un veto parcial no se produce la promulgación automática en cuanto a la parte de la ley observada, y que si existe algún derecho de pedir la nulidad de parte promulgada, éste corresponde a las personas a quienes se impone alguna obligación por la parte puesta en vigencia. En realidad la Corte no se pronunció a favor del control de constitucionalidad de la promulgación parcial. Evidentemente en su decisión pesó la posición que ella ya había tomado con anterioridad en "Cullen con Llerena"[77] fallo en que consideró que el control del procedimiento legislativo era una cuestión no judiciable y entendió que por encontrarse ligada a él, esta situación tampoco podía ser objeto de dicho control.

- Caso "Colella"[78]

En el marco de un juicio laboral, la demandada impugnó la constitucionalidad de la ley 16.881, que reglamentaba el contrato de trabajo,

(76) Fallos: 189:156 (1941).
(77) Fallos: 53:320.
(78) Fallos: 268:352.

da por el Legislativo dentro el plazo de 10 días posteriores, caso contrario la norma queda aprobada de manera tácita. Si ésta fuera observada parcialmente la parte restante no podrá ser aprobada por el Presidente. Este es el principio general que el art. 80 CN expresa así: *Los proyectos desechados parcialmente no podrán ser aprobados en la parte restante.* Nuevamente aparece la prohibición como regla.

Cabe recordar que la Constitución histórica 1853/60 sólo contemplaba en el artículo que se comenta la promulgación tácita de un proyecto de ley, la posibilidad de la promulgación parcial de las leyes ha sido una novedad incorporada por la reforma de 1994 a fin de limitar una modalidad que surgió de la práctica institucional como una nueva fuente de facultades legislativas a favor del Presidente. Coincidimos con Gelli en el sentido que "los efectos políticos de esta práctica ejecutiva fueron —y son— notables: ha incrementado el poder del presidente y disminuido, en la misma medida, la atribución legisferante del Congreso. Con una característica más, que atenúa los controles y límites del poder. En los hechos, el veto y eventualmente la promulgación parcial son decididos por las burocracias administrativas en los bordes del examen social y sin responsabilidad político institucionales. Burocracias sobre las cuales pueden operar directamente los intereses"[74]. Es decir algo muy similar de lo que como hemos visto sucede con los otros dos tipos de decretos de naturaleza legislativa, en tanto todas estas costumbres se enfrentan con el principio de separación de poderes contribuyendo a consolidar el modelo "hiperpresidencialista" que impera en nuestro país.

Así las cosas, el objetivo de esta inclusión fue el de limitar su ejercicio lo que el constituyente de reforma realiza valiéndose de estándares que habían sido acuñados por la jurisprudencia de la Corte Suprema como veremos más adelante. Por ello, también en este caso esta prevista la excepción del mismo modo que como ocurre con los DNU's y con los decretos delegados, es decir, que la promulgación parcial puede tener lugar en caso de que ésta tuviera "*autonomía normativa y su aprobación parcial no altera el espíritu ni la unidad del proyecto sancionado por el Congreso*". Por último, el proceso de control de los decretos de promulgación parcial de leyes es idéntico al de los decretos de necesidad y urgencia y de los delegados, ya que el Jefe de Gabinete debe dar intervención a la Comisión Bicameral Permanente[75] y luego se repiten los pasos que la Constitución prevé para las otras dos modalidades conforme a un diseño institucional que hace que una vez que el Ejecutivo haya ejercitado cual-

(74) GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*, 3ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 764.

(75) Ampliar en el Capítulo XV, *Proceso de formación de la ley. Promulgación parcial.*

quiera de estas facultades excepcionales se desencadene un proceso que confluye en los mismos órganos y a través de procedimientos idénticos.

v.1) Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

- Caso "Giulitta"[76]

La cuestión se suscita a raíz de la observación del Poder Ejecutivo a un artículo de la ley de presupuesto, por el cual el Congreso había derogado un impuesto a las alhajas. Con motivo de ese veto parcial, se continuó aplicando la ley anterior que imponía el referido gravamen. Los actores, quienes se habían visto afectados como contribuyentes, al advertir que el Gobierno se habría extralimitado en el uso de sus atribuciones constitucionales al vetar sólo una parte de la ley y poner en vigor el resto, fundan su demanda en el ejercicio de esta facultad, sin que previamente el Congreso hubiese considerado nuevamente todo el proyecto.

La Corte parte de la premisa según la cual es legítimo el veto parcial en el régimen de la Constitución, en cuanto ello surge de forma expresa de su texto. En consecuencia, aquél tiene que producir su efecto, que es el de suspender la aplicación de la ley. Sin embargo, el Tribunal considera que la observación parcial y la promulgación fragmentaria no se excluyen entre sí, sino que son independientes.

En este orden de ideas, concluye en que si hay un veto parcial no se produce la promulgación automática en cuanto a la parte de la ley observada, y que si existe algún derecho de pedir la nulidad de parte promulgada, éste corresponde a las personas a quienes se impone alguna obligación por la parte puesta en vigencia. En realidad la Corte no se pronunció a favor del control de constitucionalidad de la promulgación parcial. Evidentemente en su decisión pesó la posición que ella ya había tomado con anterioridad en "Cullen con Llerena"[77] fallo en que consideró que el control del procedimiento legislativo era una cuestión no judiciable y entendió que por encontrarse ligada a él, esta situación tampoco podía ser objeto de dicho control.

- Caso "Colella"[78]

En el marco de un juicio laboral, la demandada impugnó la constitucionalidad de la ley 16.881, que reglamentaba el contrato de trabajo,

(76) Fallos: 189:156 (1941).
(77) Fallos: 53:320.
(78) Fallos: 268:352.

sobre la base de que el Poder Ejecutivo había aprobado sólo cuatro de sus 62 artículos[79].

Si bien la Corte no se pronuncia de modo general sobre el régimen de la promulgación de las leyes, resuelve revisar la facultad del Poder Ejecutivo para poner en vigencia sólo una parte del proyecto de ley sancionado por el Congreso, porque —a diferencia de lo ocurrido en "Giulitta"— el recurrente invocaba la afectación de su derecho de propiedad con motivo de las obligaciones que le imponía una ley a la que reputaba inválida.

El Tribunal sostuvo que el Poder Ejecutivo carece de atribuciones para separar las normas no observadas, si ello afecta la unidad del proyecto, como se verificaba en el caso.

Al respecto, sostiene: "el proyecto sancionado por el Congreso Nacional constituía un todo inescindible, de modo que las normas no promulgadas no han podido separarse del texto total sin detrimento de la unidad de éste. Como regla, las disposiciones que componen una ley están vinculadas entre sí. No cabe asegurar, pues, que el Congreso hubiera sancionado el proyecto en caso de excluirse algunas de sus normas capitales. De ahí que el Poder Ejecutivo no pudo, en su momento, proceder como procedió, sin invadir atribuciones propias del Congreso Nacional y, sin asumir, en la especie, la calidad de legislador"[80].

Como podemos ver en esta sentencia de 1967, es decir casi treinta años después de "Giulitta", la Corte revierte la doctrina formulada en este fallo que se fundaba en "Cullen" considerando judiciable esta materia ya que expresa que la promulgación parcial era "constitucionalmente inválida y por tanto, faltando promulgación la pretendida ley no es tal".

- Caso "Famyl"[81]

Luego de la reforma constitucional de 1994, que admite con carácter excepcional la facultad presidencial de promulgar en forma parcial un proyecto de ley, la Corte Suprema se pronunció en el caso "Famyl", con relación al veto parcial y puesta en vigencia de la parte no observada de ley 25.063.

El proyecto sancionado por el Congreso gravaba los servicios de medicina prepaga con el impuesto al valor agregado, del cual se hallaban

(79) El Poder Ejecutivo promulgó sólo las normas relativas a la extinción del contrato de trabajo y a las indemnizaciones correspondientes, entre las que se contaba la referida al trabajador con menos de tres meses de servicios.

(80) Ver considerando 7°.

(81) Fallos: 323:2256; LA LEY, 2000-E, 629.

exentos, pero con una alícuota reducida al 10,5 %. El Poder Ejecutivo, cuando promulgó la ley, consintió la extensión del impuesto a los servicios mencionados, pero la vetó parcialmente al incluir —entre las observaciones formuladas— el inc. m) del art. 1°, referido a la alícuota reducida, con la consecuencia de que tributen a la tasa general del 21%.

A raíz de ello, una empresa prestadora de esos servicios promovió acción de amparo contra el Estado Nacional con el fin de obtener la declaración de inconstitucionalidad de la ley 25.063, vetada y promulgada parcialmente por dec. 1517/98 y que, en consecuencia, se mantuviera la exención del gravamen para esa la actividad.

Declarada la inconstitucionalidad del decreto en las instancias inferiores, el Estado Nacional interpuso recurso extraordinario.

La Corte Suprema, al confirmar la sentencia apelada, ratificó el criterio sostenido en "Colella", según el cual la promulgación parcial no puede afectar la unidad la unidad del proyecto de ley.

Al respecto, expresa el considerando 13:

"...resulta evidente que la promulgación parcial, en el punto indicado, no se ajusta a lo prescripto por el art. 80 de la Constitución Nacional. En efecto, el Congreso Nacional aprobó dos normas por las que fijó el tratamiento en el impuesto al valor agregado de las empresas de medicina prepaga: por la primera, eliminó la exención establecida por la ley entonces vigente, y por la segunda, dispuso que la alícuota del impuesto sería la mitad de la prevista con carácter general por la ley del tributo. Es manifiesta la unidad existente entre ambas, la cual se encuentra claramente corroborada por el trámite parlamentario, que pone en evidencia la interrelación de una con la otra, y que ése fue el medio que el Congreso consideró adecuado para, por una parte, incrementar la recaudación sujetando al tributo una prestación que hasta entonces se hallaba exenta pero, al mismo tiempo, atenuando el nivel de la imposición a fin de no encarecer, más allá de lo que estimó aceptable, un servicio de interés social".

Cabe señalar que, en el caso, el juicio de constitucionalidad se circunscribió a las disposiciones relativas al impuesto al valor agregado de los servicios de medicina prepaga, por cuanto se trataba de una ley que implicó una amplia reforma al régimen tributario nacional y de la seguridad social, cuyo contenido incluye diversas materias, relativamente independientes entre sí.

c) Control por el Congreso de los decretos de naturaleza legislativa

A pesar de que la reglamentación del la institución de control legislativo de estas facultades constituye el elemento clave para determinar

si el balance de la decisión de constitucionalización de las facultades legislativas del Ejecutivo ha sido equilibrado, esto acaeció recién más de una década después de la reforma. En el ínterin los diferentes presidentes que se sucedieron en el ejercicio del Poder Ejecutivo han hecho uso y abuso de estas facultades.

Así recién en julio de 2006 se sancionó la ley 26.122 —Régimen Legal de los Decretos de Necesidad y Urgencia de Delegación Legislativa y de Promulgación Parcial de Leyes—, reglamentaria de la Comisión Bicameral Permanente, que cumple sus cometidos también en períodos de receso. El dictamen de la comisión es obligatorio, pero, no vinculante respecto del pleno de las Cámaras. Conforme su artículo 1º, el objeto de la ley es regular el trámite y los alcances de la intervención del Congreso respecto de los decretos que dicta el Poder Ejecutivo en ejercicio de facultades legislativas: de necesidad y urgencia; por delegación legislativa, y de promulgación parcial de leyes.

Además de la injustificada demora para cumplir con el mandato constitucional, el contenido meramente formalista de la ley 26.122 no hace más que ratificar una ausencia de capacidad manifiesta por parte del Poder Legislativo para ejercer su rol de órgano controlador respecto del ejercicio de facultades que, en definitiva, le son propias en un Estado de Derecho.

Los cuestionamientos más significativos a la norma reglamentaria son: a) la falta de plazo expreso para que las Cámaras se expidan acerca de la validez del decreto; b) la necesidad del acuerdo de ambas Cámaras para que sea posible su rechazo; c) la derogación del decreto, en el caso de declararse su invalidez, sin excepciones.

Con relación a la primera cuestión, la Constitución establece que el Congreso debe debatir expresamente los decretos de necesidad y el art. 82 prohíbe la sanción tácita o ficta de las leyes. Por lo tanto, el constituyente reformador ha rechazado el acuerdo tácito —silencio— del Legislativo. Por su parte, la ley 26.122, dice que las Cámaras deben darle "inmediato y expreso tratamiento" y que "el rechazo o aprobación de los decretos deberá ser expreso, conforme lo establecido en el artículo 82 de la Constitución Nacional". El silencio del Legislativo no puede interpretarse por mandato constitucional como expresión de su voluntad. El Congreso debe expedirse en términos expresos.

A partir del momento que el acuerdo tácito está prohibido, el no tratamiento por parte del Congreso sin que exista un plazo determinado por la ley para ello opera en los hechos como una suerte de aprobación. Esto supone admitir —en la práctica— la aprobación tácita, porque el decreto continúa vigente sin solución de continuidad hasta tanto no sea rechazado expresamente por el legislador. Si a esto le sumamos que el

rechazo debe ser expreso, se le permite al Ejecutivo legislar por medio de decretos de necesidad y urgencia, sin plazo en caso de silencio del legislador y permitiéndose así la consolidación de derechos[82].

Con respecto al segundo punto indicado, la ley prevé en su art. 24: *El rechazo por ambas Cámaras del Congreso del decreto de que se trate implica su derogación de acuerdo a lo que establece el artículo 2º del Código Civil, quedando a salvo los derechos adquiridos durante su vigencia.* Por lo tanto, sólo si ambas Cámaras rechazan el decreto, éste queda derogado. Pero, *a contrario sensu*, si una sola de las Cámaras lo aprueba, el decreto es válido, por la simple resolución afirmativa de una de ellas, lo cual desvirtúa la homogeneidad de criterio que exige toda decisión del Congreso, como poder político.

El último punto que señalamos, esto es, la derogación del decreto en el supuesto de ser rechazado, es el corolario de la fragilidad del sistema de control establecido por la ley. En efecto, si partimos de la prohibición expresa contenida como principio general para que el Presidente ejerza facultades legislativas y, como consecuencia de ello, el vicio de nulidad absoluta e insanable que conlleva la falta de observancia de los requisitos impuestos por la Constitución, la no aprobación del decreto por parte del Legislativo debería haber implicado su nulidad. Sin embargo, el Congreso optó, de modo general, por su derogación en todos los casos, dejando a salvo derechos adquiridos durante su vigencia. Con ello, su intervención queda reducida a un mero ritualismo, que enmascara un evidente renunciamiento a su función de control y a la titularidad de la potestad legislativa.

En consecuencia, estas tres características que definen el régimen contemplado en la ley que se comenta resultan contrarias al texto y al espíritu de la Constitución, tal como lo hemos afirmado en varias partes del presente capítulo. Es de esperar que la Corte Suprema pueda pronunciarse en este sentido en alguno de los numerosos casos judiciales que se han suscitado a partir del ejercicio abusivo de este tipo de facultades por parte del ejecutivo. La declaración de inconstitucionalidad de las señaladas cláusulas de la ley 26.122 exigirá del dictado de una nueva norma que deberá consagrar el control efectivo de estas facultades por parte del Poder Legislativo, de lo contrario continuará produciéndose un notable desbalance entre los dos poderes políticos del Estado, a favor del Ejecutivo, en claro desmedro de los derechos de los habitantes.

---

(82) Art. 21: Elevado por la Comisión el dictamen al plenario de ambas Cámaras, éstas deben darle inmediato y expreso tratamiento.

Art. 22: Las Cámaras se pronuncian mediante sendas resoluciones. El rechazo o aprobación de los decretos deberá ser expreso conforme lo establecido en el artículo 82 de la Constitución Nacional.

Cada Cámara comunicará a la otra su pronunciamiento de forma inmediata.

3. ORGANOS DE CONTROL

La reforma de 1994 en su afán de fortalecer las modalidades de fiscalización incorpora al texto constitucional nuevos órganos destinados exclusivamente al ejercicio de funciones de control, de conformidad con las tendencias del derecho constitucional que se manifiestan durante el siglo pasado que persiguen reforzar las atribuciones de este tipo que les corresponden a los poderes clásicos, con la creación de nuevos entes. Así, además a los dos órganos que estudiaremos a continuación: Auditoría General de la Nación y Defensoría del Pueblo de la Nación, se suman en la órbita del Poder Judicial, el Consejo de la Magistratura y el Jurado de Enjuiciamiento; y, el Ministerio Público como órgano *ad-hoc*, al igual que los dos primeros.

a) Auditoría General de la Nación

Con la reforma de 1994, se eleva a rango constitucional este órgano, al cual, conforme el art. 85 de la Ley Suprema, se le otorgan funciones de asistencia técnica del Congreso para el control del sector público, tanto en su aspecto económico como operativo. La integración y funcionamiento de la Auditoría estará determinada por la ley que el Congreso debe dictar con la mayoría absoluta de sus miembros, pero, el constituyente impone que la presidencia del organismo sea ejercida por la persona que proponga el partido político de oposición con mayor representación parlamentaria. Tal decisión intenta otorgar mayor transparencia a la gestión del Estado y una participación activa de las minorías en el control de gestión gubernamental. Consideramos que esta norma, juntamente con el art. 36 que también ha introducido la reforma de 1994, tienden a combatir la corrupción administrativa que afecta el normal desarrollo de nuestras instituciones democráticas[83].

Despouy pone el acento sobre estas características sobre las cuales considera que: "Un aspecto decisivo es que la reforma constitucional *jerarquiza el rol de la oposición política en la conducción de la entidad* al establecer que *el presidente del organismo será designado a propuesta del partido político de oposición con mayor número de legisladores en el Congreso*. De esta manera, la CN incorpora ciertos rasgos del principio de control por oposición y, dada la naturaleza y especificidad del tipo de control que practica la AGN, se confirma la imperativa externalidad de la entidad que audita con respecto al organismo o la jurisdicción auditada"[84]. Sin

(83) Ver Capítulo XII, *La defensa del orden democrático.*

(84) DESPOUY, LEANDRO, *Auditoría General de la Nación*, en, SABSAY, DANIEL A. (dir.), y MANILI, PABLO L. (coord.), *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, t. 3 (de próxima aparición).

embargo, creemos que esta presencia opositora no asegura la necesaria independencia que debería tener este órgano del oficialismo de turno, en tanto no exige que la mayoría del Colegio de Auditores esté en manos de la oposición. Así como se ha visto en todos estos años, la presencia de la oposición no resulta decisiva quedando muy afectadas las facultades independientes de control de la Auditoría.

Si bien es un organismo asesor del Congreso y sus dictámenes son necesarios para sustentar la ponderación del Parlamento respecto de la gestión de la administración pública, no integra el Poder Legislativo —compuesto por dos Cámaras— y funciona como órgano extrapoder.

Antes de la sanción de la reforma constitucional de 1994, este organismo había sido creado por la ley 24156, como ente de control externo del sector público, dependiente del Congreso Nacional.

Las funciones otorgadas por el art. 118 de la ley citada son las siguientes:

a) fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias en relación con la utilización de los recursos del Estado, una vez dictados los actos correspondientes;

b) realizar auditorías financieras, de legalidad, de gestión, exámenes especiales de las jurisdicciones y de las entidades bajo su control, así como las evaluaciones de programas, proyectos y operaciones;

c) auditar a unidades ejecutoras de programas y proyectos financiados por los organismos internacionales de crédito conforme con los acuerdos que, a estos efectos, se llegue entre la Nación Argentina y dichos organismos;

d) examinar y emitir dictámenes sobre los estados contables financieros de los organismos de la administración nacional, preparados al cierre de cada ejercicio;

e) controlar la aplicación de los recursos provenientes de las operaciones de crédito público y efectuar los exámenes especiales que sean necesarios para formarse opinión sobre la situación de este endeudamiento;

f) auditar y emitir dictamen sobre los estados contable-financieros del Banco Central de la República Argentina, independientemente de cualquier auditoría externa que pueda ser prestada por aquélla;

g) realizar exámenes especiales de actos y contratos de significación económica;

h) auditar y emitir opinión sobre la memoria y los estados contable-financieros así como del grado de cumplimiento de los planes de acción y presupuesto de las empresas y sociedades del Estado;

i) fijar los requisitos de idoneidad que deberán reunir los profesionales independientes de auditoría referidos en este artículo y las normas técnicas a las que deberá ajustarse el trabajo de éstos;

j) verificar que los órganos de la administración mantengan el registro patrimonial de sus funcionarios públicos.

Para cumplir con los variados objetivos antes reseñados se faculta a este ente a exigir la colaboración de todas las entidades del sector público y promover las investigaciones de contenido patrimonial en los casos que corresponda.

En la actualidad el órgano está a cargo de siete miembros designados cada uno como Auditor General, a quienes se les exige la nacionalidad argentina y título universitario en el área de Ciencias Económicas o Derecho, con probada especialización en administración financiera y control. La duración del mandato está limitada a ocho años con posibilidad de reelección.

Seis de los auditores son designados por resoluciones de las dos Cámaras del Congreso Nacional, correspondiendo la designación de tres a la Cámara de Senadores y tres a la Cámara de Diputados. El séptimo Auditor General, que ejerce la presidencia del organismo, es designado por resolución conjunta de los Presidentes de las Cámaras de Senadores y Diputados y ejerce la representación del órgano y ejecuta las decisiones de los auditores.

La ley antes indicada deberá ser reemplazada o modificada para adecuar sus normas a los nuevos preceptos constitucionales. La falta de actualización de este marco jurídico ha generado serias incertidumbres en varios aspectos del funcionamiento del organismo y en particular en lo relativo a las modalidades que regulan el remplazo de sus integrantes.

b) El Defensor del Pueblo

Se trata de un funcionario público que en el derecho comparado se lo conoce bajo distintas denominaciones: Defensor del Pueblo, Comisionado Parlamentario, Mediateur, etc.

Tiene una misión fundamental de control de la administración del Estado en defensa de los derechos del ciudadano, ante el abuso y la ineficacia de la administración.

La institución se origina en Suecia en el siglo XVIII con el objeto de vigilar al Consejo Real y adquiere jerarquía constitucional en 1809. Pero recién en el siglo pasado se inició el proceso de instauración de este organismo en otros países, como Finlandia, Dinamarca, Noruega, Gran Bretaña, Francia, Nueva Zelanda, Australia, cada uno con sus peculiaridades.

La razón de su incorporación en las legislaciones de países ubicados en todos los continentes hay que entroncarla con aspectos que hacen al problema del *aggiornamiento* democrático de una serie de instituciones del aparato jurídico del Estado.

Esta institución se vincula tanto con el tema del control como con el de la participación. El control resulta fundamental para determinar la responsabilidad de los actos de gobierno y sancionar las infracciones a la legalidad, como también para sancionar los excesos de poder y otorgar al administrado una defensa idónea frente a tal fenómeno.

El "Defensor del Pueblo" u "Ombudsman" resulta una herramienta eficiente para permitir una participación más activa del ciudadano en la defensa de sus derechos o intereses legítimos o difusos y crear una mayor conciencia de participación.

También puede analizarse este órgano como intermediario, pues actuando desde un problema concreto y determinado puede generar decisiones de carácter más general, correspondientes a las funciones parlamentarias y evitar la reiteración de errores o el agravamiento de situaciones. Este funcionario puede, con su actuación, sensibilizar al Congreso para que agilice el cumplimiento de sus funciones constitucionales con una finalidad determinada.

En nuestro país, la institución reconoce como antecedente las Constituciones de La Rioja y Córdoba y en el ámbito de la Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires[85]. Antes de la reforma constitucional de 1994, la institución estaba regulada por la ley 24.284, modificada por la ley 24.379. A su vez, la Resolución Nº 1/1994 del Congreso de la Nación crea en su seno la Comisión Bicameral Permanente de la Defensoría del Honorable Congreso de la Nación - Reglamento de Organización y Funcionamiento del Defensor del Pueblo. Asimismo la ley 25.875 ha creado la Procuración Penitenciaria, cuyo titular, el Procurador Penitenciario, es una suerte de ombudsman en la materia cuya finalidad principal "es proteger los derechos humanos de los internos comprendidos en el Régimen Penitenciario Federal..." (art. 1º).

---

(85) Ver *Diccionario Jurídico Capel*, VANOSSI, J. R. - SABSAY, D. A., Centro Asesoría y Promoción Electoral, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1991.

i) La reforma constitucional de 1994

Si bien la figura del Defensor del Pueblo ya tenía vigencia legal, según dijimos, el constituyente de reforma jerarquizó la institución del mismo modo que con la Auditoría como hemos visto, mediante su incorporación al texto fundamental. Conforme surge del art. 86 CN, que la reglamenta, se optó por la conformación de un órgano unipersonal, pero, estimamos que la ley que reglamente su funcionamiento puede determinar la existencia de adjuntos o colaboradores.

La designación de este alto funcionario corresponde al Poder Legislativo. Asimismo, la norma constitucional establece que sea por un plazo determinado de cinco años. La norma no impone calidades especiales para el desempeño de este cargo ni tampoco incompatibilidades. Destacamos que en el derecho comparado es una constante que la designación recaiga sobre una persona de reconocida solvencia moral y de prestigio jurídico. En casi todos los países se han escogido abogados para el cargo o al menos personas relacionadas con las ciencias jurídicas. En general se le imponen incompatibilidades que tienden al no ejercicio de cargos electivos o políticos, a la no realización de actividad política ni sindical ni asociativa alguna, ni al desempeño de cargos judiciales.

Se le otorga plena autonomía y no se encuentra sujeto a orden ni instrucción alguna proveniente de otro poder. La única dependencia con el Parlamento es la forma de designación y remoción. Las funciones que se le otorgan imponen su independencia tanto del órgano que lo designa como del que lo controla. Las atribuciones conferidas alcanzan a la actividad de todas las autoridades administrativas, funcionarios y cualquier persona que actúe en el ámbito de la administración pública.

Según el texto constitucional, el Defensor del Pueblo tiene legitimación procesal para promover acciones tendientes al cumplimiento de sus funciones. Esta legitimación se extiende a la que le confiere el art. 43, que lo habilita para iniciar la acción de amparo prevista en su segundo párrafo[86].

ii) Interpretación jurisprudencial

Uno de los puntos más conflictivos, luego de la reforma de 1994, ha sido el alcance de la legitimación procesal que le confiere al Defensor del Pueblo, en el ámbito de sus competencias, el art. 86 de la Constitución. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación efectuó en

(86) Ver Capítulo XI.

un primer momento una interpretación particularmente restrictiva, que se sustentó, fundamentalmente, en la ley reglamentaria —anterior a la reforma— en desmedro de la norma constitucional. Así, en el caso "Frías Molina"[87], el funcionario solicitó ser tenido por parte en los juicios que se encontraban en trámite ante la Corte Suprema, relativos a pedidos de actualización de haberes previsionales y formuló un pedido de pronto despacho respecto de esas causas.

Para desestimar la solicitud, el Alto Tribunal centró su argumento en el art. 16 de la ley 24.284, que exceptúa al Poder Judicial del ámbito de competencia de la Defensoría del Pueblo. Esa interpretación importó otorgarle un alcance a la ley que no se compadece con el recto sentido de sus términos y deja de lado el mandato constitucional contenido en el art. 86. Ello es así, pues, la falta de competencia para controlar al Poder Judicial responde al ámbito de su actividad administrativa, pero, no implica que el alto funcionario carezca de competencia para intervenir en procesos judiciales, tal como expresamente lo establece la Ley Fundamental.

Esta doctrina se aplica en fallos posteriores, tales la acción de amparo que el funcionario promueve contra el Estado Nacional[88], con el fin de que se declare la inconstitucionalidad del decreto de promulgación parcial, mediante el cual se pretendió elevar la alícuota del impuesto al valor agregado establecida por el Congreso respecto de las empresas de medicina prepaga.

Allí, el voto de la mayoría reafirmó el criterio establecido en el caso "Frías Molina", al señalar que la ley 24.284 excluye expresamente del ámbito de competencia del órgano demandante al Poder Judicial, en su art. 16, párrafo segundo. Pero, además, agregó a esa restricción lo dispuesto en el art. 21 de la ley reglamentaria. En este sentido, sostuvo que resultaba inatendible la invocación de "los derechos de incidencia colectiva" y la "defensa de los usuarios" por cuanto las personas y empresas que se consideraron afectadas en sus derechos subjetivos por la norma cuestionada, habían acudido al Poder Judicial en procura de su adecuada tutela.

El voto concurrente del doctor Petracchi desestimó la acción, pero, sólo sobre la base de la disposición legal mencionada en último término, según la cual "si iniciada su actuación se interpusiera por persona interesada recurso administrativo o acción judicial, el Defensor del Pueblo debe suspender su intervención"[89].

(87) Ver "Frías Molina, Nélida Nieves c. INPS - Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos", 1996/09/12, LA LEY, 1997-A, 67.

(88) Ver "Defensor del Pueblo de la Nación c. EN. PEN. dto. 1517/98", 2000/12/21, Fallos: 323:4098.

(89) Ampliar en CAYUSO, SUSANA G., *El Defensor del Pueblo de la Nación. Consecuencias de su reconocimiento constitucional*, LA LEY, 2008-D, 984

Conviene detenerse, a los fines de observar una tendencia del Tribunal a variar su criterio sobre el punto, en la sentencia recaída en una acción ordinaria dirigida contra el Estado Nacional y el Ente Nacional Regulador del Gas, con el objeto de que se declare la inconstitucionalidad de las disposiciones legales que determinaban el reajuste de tarifas[90].

Llegadas las actuaciones a la Corte por vía extraordinaria, los demandados sostienen que el ordenamiento constitucional y legal sólo habilita al Defensor del Pueblo a acudir al proceso del amparo del art. 43 de la norma fundamental en casos en los que representa a grupos de usuarios, quedando excluida la posibilidad de hacerlo en un proceso ordinario. Asimismo, plantean la imposibilidad del Defensor del Pueblo para solicitar la declaración de inconstitucionalidad de una norma emanada del Poder Legislativo con fundamento en que el art. 86 de la CN y la ley 24.284 no permiten a aquel funcionario fiscalizar la actividad formal o material del Congreso, pues, su ámbito de actuación se circunscribe a la esfera de la administración.

La mayoría declaró improcedente el recurso extraordinario, aunque por una cuestión formal cual es la ausencia de sentencia definitiva, y con ello dejó firme el pronunciamiento de Cámara que rechazó las excepciones previas de falta de legitimación activa y de falta de agotamiento de la vía administrativa. Sin embargo, el voto concurrente de los ministros Petracchi, Zaffaroni y Lorenzetti se pronunció expresamente sobre el art. 86 de la Constitución, al sostener que éste no limita ni restringe la legitimación procesal que le confiere al alto funcionario sino que se limita a expresar: "El Defensor del Pueblo tiene legitimación procesal". Por ello, es *cuanto menos desatinado* interpretar que el constituyente haya querido otorgarle solamente la legitimación procesal que le fue reconocida en el art. 43 de la Constitución para interponer el recurso de amparo.

A su vez, el ministro Maqueda sostuvo que la subordinación del art. 86 CN a la disposición del art. 43 del plexo de base importa crear una confrontación normativa entre textos de igual jerarquía, con el agravante de producirla entre una disposición de carácter general, que regla la incorporación, la naturaleza y la función de la figura, y otra que reglamenta la intervención de aquélla en un supuesto específico como es la acción de amparo.

Asimismo, los votos citados fundaron sus conclusiones en los argumentos esgrimidos por los convencionales constituyentes, al decidir la incorporación de la figura del Defensor del Pueblo y el alcance que debía asignarse a la legitimación procesal conferida.

(90) Ver "Defensor del Pueblo de la Nación c. E.N. -P.E.N.- M° E. - dto. 1738/92 y otro s/ proceso de conocimiento", 2005/05/24, Fallos: 328:1652.

Otra cuestión destacable, en el ámbito de los procesos colectivos en los que interviene el funcionario, es el alcance *erga omnes* conferido al pronunciamiento, si éste resulta favorable a la pretensión esgrimida. En el caso "Defensor del Pueblo de la Nación c. Estado Nacional"[91], resuelto el 11 de agosto de 2009, el Tribunal aplica este criterio, al resolver en la etapa de ejecución de sentencia. La cuestión tuvo lugar con motivo de la acción de amparo promovida por una usuaria del servicio de aguas, con el fin de obtener la declaración de nulidad de las normas que autorizan la facturación medida en forma global, con cargo al consorcio de copropietarios en los edificios afectados al régimen de propiedad horizontal que no poseen conexiones independientes. La Cámara hizo lugar a la pretensión, en lo atinente a las resoluciones del Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios (ETOSS), decisión que fue confirmada por la Corte Suprema. En la ejecución de la sentencia, la empresa prestadora del servicio cumplió el fallo dictado por el Tribunal, pero, sólo con respecto a la afectada.

Apelado el pronunciamiento por el Defensor, la Corte, al compartir los fundamentos y conclusiones de la Procuradora Fiscal, establece que el reconocimiento implícito del carácter de legitimado activo del funcionario supone la existencia de una especial vinculación con la cuestión debatida, lo cual implica que las consecuencias de lo resuelto, pese a que se trata de un sujeto diferente de los afectados, producirá de todos modos efectos jurídicos. En este sentido, *al haber tenido éxito su pretensión, reportará alguna utilidad o beneficio a quienes representa o, desde otra perspectiva, evitará un perjuicio o un menoscabo en sus derechos.*

En consecuencia, si los planteos se vinculan a la protección de derechos de incidencia colectiva, en defensa —en el caso— de usuarios de un servicio esencial, función constitucional que fue invocada por dicho órgano desde el inicio de las actuaciones, la participación del Defensor del Pueblo no puede verse limitada a acompañar al usuario que alega una afectación de sus derechos en forma directa, pues, de este modo, *se privaría de contenido a la actuación procesal de quien, pese a encontrarse habilitado a procurar una adecuada tutela judicial a tenor de lo dispuesto por los arts. 43 y 86 de la Constitución Nacional, sólo obtendría sentencias sin mayor eficacia que meras declaraciones de carácter teórico en caso de que sus pretensiones fueran admitidas, con total desconocimiento de las funciones encomendadas por la Ley Fundamental.*

Concluye así, que la sentencia del Tribunal cuya ejecución se pretende, al haber sido dictada de acuerdo con el esquema instaurado a partir de la reforma constitucional de 1994, está destinada a trascender los lími-

(91) LA LEY, 2009-F, 299.

tes subjetivos del proceso clásico. Por ello, carece de razonabilidad que para tener efectos *erga omnes* deba emitirse un pronunciamiento que así lo disponga "en forma expresa e indubitable", como lo había afirmado la Cámara en el pronunciamiento apelado.

BIBLIOGRAFÍA

- BIANCHI, ALBERTO B., "La delegación de funciones legislativas en el derecho constitucional de las provincias", ED, 130-831.
- BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, t. VI, Ediar, Buenos Aires, 1995.
- CAYUSO, SUSANA G., *Constitución de la Nación Argentina, comentada*, La Ley, Buenos Aires, 2009.
- DEMARÍA MASSEY, M. E., *La delegación en las Constituciones provinciales argentinas*, en Revista de la A.A.D.C., Año V, Nº 44, Buenos Aires, 1989.
- DESPOUY, LEANDRO, *Auditoría General de la Nación*, en, SABSAY, DANIEL A. (dir.), y MANILI, PABLO L. (coord.), *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, t. 3 (de próxima aparición).
- GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*, 3ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2008.
- JIMÉNEZ, EDUARDO P., *Derecho Constitucional Argentino*, t. III, Ediar, Buenos Aires, junio de 2000.
- SÁNCHEZ, SANTIAGO, *El control de las disposiciones normativas gubernamentales*, en "Revista de Derecho Político", Universidad Nacional de Educación a Distancia, Nº23, Madrid, 1986.
- SHULZE, HAGEN, *La posición del Presidente del Reich en la República de Weimar*, en: *Les Régimes Semi-Présidentiels* (traducción del francés por D. Sabsay).
- VANOSSI, J. R. - SABSAY, D. A., *Diccionario Jurídico Capel*, Centro Asesoría y Promoción Electoral, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica.
- ZARZA MENSAQUE, ALBERTO, *Delegación de facultades legislativas en el derecho constitucional comparado*, en Revista de la A.A.D.C., Año V, Nº 42, Buenos Aires, 1989.

CAPÍTULO XVIII

PODER JUDICIAL

PRIMERA PARTE

SUMARIO: 1. El Poder Judicial en la teoría de la división de poderes. a) El Poder Judicial en la Constitución Nacional. i) Composición del Poder Judicial. b) El doble orden de jurisdicción, federal y local.— 2. La Corte Suprema de Justicia de la Nación. a) Papel institucional y funciones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. i) Reglamento interno. ii) Presidente. iii) Requisitos para ser miembro de la Corte Suprema. b) Status constitucional *de los jueces. i) Inamovilidad. ii) Intangibilidad de las remuneraciones de los magistrados. iii) Inmunidades penales. iv) Otras garantías.*— 3. *La reforma de 1994 y la creación del Consejo de la Magistratura y el Jurado de* Enjuiciamiento. a) Sistema de elección de jueces. i) Sistemas comparados. ii) Derecho público provincial.— 4. Consejo de la Magistratura. a) Ubicación institucional. Características. i) Composición: requisitos, remoción. ii) Integración. iii) Requisitos para ser miembro del Consejo de la Magistratura, duración del mandato, presidencia. b) Funcionamiento, competencias. c) La reforma del Consejo de la Magistratura (ley 26.080). i) Antecedentes. ii) Principales reformas. iii) Análisis de la reforma. iii.1) La noción de equilibrio. iii.2) La exclusión de un académico y del presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. iii.3) La posibilidad de rechazo de la terna *por el Senado. iii.4) El plazo de caducidad de las denuncias contra los magistrados que implican sanciones disciplinarias. iv) Conclusiones.*— 5. *La* remoción de los magistrados. El Jurado de Enjuiciamiento. a) El art. 115 de la Constitución Nacional. Leyes 24.937 y 26.080.— Bibliografía.

1. EL PODER JUDICIAL EN LA TEORÍA DE LA DIVISIÓN DE PODERES

Resulta interesante observar que la clásica teoría de la división de poderes de Montesquieu, no le reconocía al Poder Judicial la función que actualmente le asigna el derecho constitucional. El cambio lo produjo una combinación del sistema europeo y del de los Estados Unidos de América, en el cual el juez re-crea el derecho, interpretando, controlando su constitucionalidad. De esta manera el Poder Judicial ocupa un lugar en el gobierno del país junto a los otros dos poderes en una relación de equivalencia con ellos. Como consecuencia de lo antedicho, la Justicia cumple un rol eminentemente institucional de contenido político

en sentido amplio, no "partidista" que se canaliza en particular, a través de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que es el órgano que como luego veremos es la cabeza del Poder Judicial.

La Constitución de los Estados Unidos ha sido el modelo que tomó el constituyente de 1853 para la elaboración de la parte orgánica de la nuestra[1]. Así, en materia judicial se reprodujeron de manera casi exacta las disposiciones de la Constitución de Filadelfia. Para hablar de la Justicia como poder del Estado resulta necesario previamente recordar varias nociones relacionadas con las bases del régimen político en que éste se enclava, nos referimos al Estado de Derecho y a los principales elementos y principios que lo sustentan. Ello nos facilitará comprender la función que tiene la justicia en el apuntalamiento de esas nociones en aras a la limitación del poder, gracias a la más correcta interpretación de las normas jurídicas que predeterminan los actos de los gobernantes. Recordemos que para Monstesquieu, la efectiva limitación del poder reposaba en la efectividad de los mecanismos de control recíproco.

Cabe señalar que el sistema democrático de gobierno se sustenta en una relación particular entre poder y derecho, es así como se construye el Estado de Derecho. El derecho es una presencia esencial para la democracia ya que atraviesa a todos sus elementos y relaciones en base al sometimiento al marco jurídico positivo. Por lo tanto no cabe duda sobre la dificilísima tarea que les cabe a los jueces, quienes tienen que asegurar que el imperio de la ley rija en toda circunstancia, en otras palabras que se respeten los contenidos contemplados en el marco constitucional y legal vigente en el país. Esto debe ocurrir en todos los actos de las autoridades, como así también en los contratos que regulan las relaciones entre particulares. Por lo tanto podemos afirmar que el Poder Judicial es un órgano de control por antonomasia ya que cada vez que se pronuncia a través del dictado de sentencias establece reglas encaminadas a la determinación del alcance de las competencias de los órganos del Estado, a la definición de cada una de las funciones, a la protección de los derechos fundamentales, todo lo cual contribuye a la consolidación de un gobierno limitado. Y así se concreta de manera sucesiva el control que permite que se cumpla con la letra de la Constitución, tratados y leyes.

El constituyente argentino tuvo bien en claro la importancia de la justicia en la construcción de la democracia argentina. Así, de conformidad con el pensamiento de Alberdi, en el preámbulo, entre los grandes objetivos de la Nación incluyó el de *afianzar la justicia*. Pero la mención no se agota allí ya que la preocupación por lograr la independencia del Poder Judicial se refleja también en varias cláusulas constitucionales,

(1) Ver Capítulo I.

como por ejemplo la que exige que las Constituciones provinciales organicen un sistema de justicia o la que le impide al Presidente de la Nación el ejercicio de funciones judiciales. Cuando un país logra constituir una justicia objetiva, es decir desprovista de vínculos que la comprometan con intereses particulares, olvidando el respeto irrestricto de la Constitución y de las leyes que en su consecuencia se dicten, se ha logrado la meta que establece el Preámbulo.

Este significativo logro conlleva la consagración de una democracia plena al permitir que imperen varios de los principios que más la caracterizan, como son, entre otros, la seguridad jurídica, la separación de los poderes, el control y la transparencia de la actividad de los poderes políticos del Estado —Legislativo y Ejecutivo—, la vigencia irrestricta de los derechos humanos y de los valores de libertad e igualdad en que ellos se nutren. La democracia en nuestras latitudes acusa un serio déficit en esta materia. Si realmente existe una asignatura pendiente en los incipientes estados de Derecho de América Latina, ella es sin lugar a dudas la construcción de un Poder Judicial genuino y acorde con los postulados del constitucionalismo. La laxitud de los controles que se ejercen sobre nuestras instituciones, el desamparo que acusa el ciudadano común frente a una inquietante y creciente cuota de impunidad, la falta de independencia de los tribunales, la escasa formación de sus titulares y su designación muchas veces resultante de las relaciones con el poder político, la imposibilidad de acceder a los estrados judiciales por parte de los sectores más desfavorecidos de la sociedad, son algunas de la graves falencias que exhibe la organización de la Justicia, tanto en nuestro país, como en gran parte del subcontinente.

Por ello creemos útil determinar cuáles son los presupuestos básicos para conseguir un Poder Judicial de esas características. Así, nos vienen rápidamente a la mente la necesidad de su independencia de los poderes políticos y de intereses particulares o corporativos. Que pueda garantizar la seguridad jurídica y la continuidad constitucional, sometiéndose de manera irrestricta al principio de imperio de la ley. Que cumpla adecuadamente con el rol de controlar la constitucionalidad de las leyes y actos de gobierno, velando también por el respeto de los compromisos internacionales contraídos por la Argentina en los tratados firmados con los demás países, en particular con aquellos que tratan sobre derechos humanos y que tienen jerarquía constitucional. Para ello deberá aplicar en sus sentencias el principio *pro homine*, conforme al cual en caso de duda deberá buscar aquellas soluciones que sean más favorables a la plena vigencia de los derechos humanos, en libertad e igualdad dentro de un entorno que asegure una calidad de vida digna.

Los jueces deberán asimismo facilitar que se ponga fin a todas aquellas circunstancias generadoras de cualquier tipo de discriminación de

personas o de grupos de personas, en el goce de las libertades que aseguran la Constitución, los tratados internacionales y las leyes. También deberán evitar a todo precio la existencia de situaciones de impunidad, ya que ellas generan una inmediata violación al principio de igualdad e impiden que se logre combatir a la corrupción y el delito organizado. Sirvan estos conceptos como introducción al análisis de la Justicia como órgano de gobierno y que a la vez constituye uno de los valores fundamentales a cuya consagración debe aspirar todo sistema democrático de gobierno.

a) El Poder Judicial en la Constitución Nacional

El art. 108 CN da comienzo a la sección tercera del título primero de la segunda parte (orgánica) de la Constitución, bajo el título *Del Poder Judicial*. En su escueta redacción define la composición de la justicia federal y pone en manos del Congreso la potestad de definir la organización de los tribunales inferiores. Así expresa que:

> *El Poder Judicial de la Nación será ejercido por una Corte Suprema de Justicia, y por los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere en el territorio de la Nación.*

i) Composición del Poder Judicial

El texto transcripto establece la composición del Poder Judicial, así menciona expresamente a su órgano supremo, la Corte Suprema de Justicia, que es la cabeza de dicho poder, y deja en manos del Congreso la facultad de crear los restantes estamentos, subordinados jerárquicamente a la Corte, a los que denomina de manera genérica *tribunales inferiores*. Esta norma es concordante con el art. 75, inc. 20 que le concede al Congreso la facultad de: "*Establecer tribunales inferiores a la Corte Suprema de Justicia; (...)*", la que se concreta con el dictado de las leyes que precisamente organizan la justicia. La determinación de la estructura que ésta debe tener es una de las atribuciones de control que ejerce el Poder Legislativo sobre el Judicial, ella se completa con el acuerdo que presta el Senado para la designación de los magistrados (art. 99, inc. 4 CN) y con la remoción por juicio político de los miembros de la Corte Suprema (arts. 53 y 59 CN).

A partir de esta estructura resulta que el Poder Judicial es un órgano complejo y vertical, cuyo objeto es desarrollar una de las funciones del Estado (la jurisdiccional) y garantizar a los habitantes de la Nación el efectivo ejercicio del derecho a la jurisdicción, consagrado en el art. 18 CN

que ya hemos analizado precedentemente[2]. Esa estructura vertical no impide la independencia que posee cada una de las instancias judiciales para el dictado de sentencias.

b) El doble orden de jurisdicción, federal y local

La forma federal de Estado adoptada por nuestra Constitución nacional (arts. 1º, 5º, 75, inc. 12, 116 y 129 CN) exige la creación y funcionamiento de un doble orden de jurisdicciones, uno federal y otro local, del mismo modo que ocurre respecto de las autoridades de otros dos poderes que se duplican en los ordenes de gobierno nacional y provincial; a éstos, desde 1994 se suma la Ciudad Autónoma de Buenos Aires[3]. Ello como consecuencia del alcance de la autonomía que la Constitución les reconoce a las provincias y a la Ciudad. En función de lo antedicho en la Argentina existen los siguientes órdenes de jurisdicción:

- La justicia federal que es el Poder Judicial de la Nación que se distribuye en todo el territorio en función de la competencia que expresamente le reconoce la Constitución (arts. 116 y 117 CN). Está compuesta por dos instancias los jueces de primera instancia y las Cámaras de Apelación.
- La justicia provincial ordinaria o Poder Judicial provincial que es competente en las materias no delegadas a la Nación dentro del territorio de cada una de las provincias.
- La justicia de la Ciudad de Buenos Aires, de conformidad con la potestad de jurisdicción que le reconoce el art. 129 CN[4]. A su vez dentro de esta jurisdicción territorial existen jueces nacionales que conocen en las causas ordinarias que allí se suscitan. Se trata de una demostración del no reconocimiento de la autonomía en la materia en oposición a lo que establece la Constitución.

El Poder Judicial tiene la misión de mantener la vigencia del federalismo, procurando el cumplimiento de la distribución de competencias establecido en el texto supremo. Al respecto la Corte ha dicho en un antiguo fallo: "No todas las leyes de la Nación por el simple hecho de ser tales tendrán supremacía sobre las provincias, la tendrán si han sido dictadas en consecuencia de la Constitución, es decir en consecuencia o en virtud de los poderes que de modo expreso o por conveniente implicancia ha otorgado aquélla al Congreso. Una ley nacional puede no ser constitucio-

(2) Ver Capítulo XI.
(3) Ver Capítulo V.
(4) Ver Capítulo VII.

nal, frente a una ley provincial, que si lo es, en este supuesto tiene supremacía la segunda. La supremacía final en tal caso es como siempre la de la Constitución, porque ambos órdenes de gobierno el nacional como el provincial, actúan dentro del marco de poderes que le está señalado por dicha Ley Fundamental" (5).

La Corte también ha ejercido su función de control frente al poder excesivo de las provincias con relación al gobierno central (6).

Cabe recordar que las provincias no han delegado la administración de justicia, por el contrario se la han reservado expresamente. El art. 75 inc. 12 CN entre las atribuciones del Congreso que son las delegadas por las provincias, enuncia el denominado derecho común que integran los códigos de fondo. Los códigos son leyes que regulan todos los contenidos propios a una determinada rama del derecho, de una manera ordenada y sistemática siguiendo una metodología que va agotando los distintos temas. Recurrimos a Joaquín V. González quien expresa que las "leyes comunes o los códigos significan la Constitución extendida a las relaciones de los individuos, las corporaciones del estado mismo en su carácter de persona privada". Este tipo de normas son federales pero su aplicación queda a cargo de los tribunales provinciales. Por ello a las provincias les compete el dictado de las normas de procedimiento correspondientes a cada uno de los códigos. Asimismo, como consecuencia de la autonomía de que gozan las provincias estas organizan sus respectivos poderes judiciales del modo que consideren más conveniente, siempre que sean independientes, ya que de lo contrario se estaría violando tanto el sistema republicano de gobierno como la noción de administración de justicia de conformidad con lo que prevé el art. 5º CN. Asimismo, las controversias serán juzgadas de acuerdo con los procedimientos establecidos en los códigos procesales provinciales.

Esta solución del derecho constitucional argentino tiene su fuente en el pensamiento de Alberdi, para quién "el país que tuviese tantos Códigos, civiles, comerciales y penales como Provincias, no sería un Estado, ni federal, ni unitario. Sería un caos". Por el contrario, la Constitución de los Estados Unidos de América les reconoce a sus estados (provincias) la facultad de dictarse su propio derecho de fondo, lo que produce una gran disparidad normativa de uno a otro. Por ejemplo, en materia civil, a pesar de que el país del norte encuentra sus principios en el sistema del *common law*, ello no le ha impedido al estado de Louisiana dictarse un Código Civil, cuya fuente principal es el Código Napoleón. En materia

(5) Fallos: 186:201, "Banco de la Provincia de Buenos Aires contra Nación Argentina".

(6) Fallos: 3:135, "Domingo Mendoza y otra c Provincia de San Luis".

penal algunos estados contemplan la pena de muerte mientras que otros no lo hacen.

2. La Corte Suprema de Justicia de la Nación

El art. 94 CN le otorga a la Corte Suprema de Justicia, el lugar o carácter de cabeza del Poder Judicial. En su redacción original (1853) estaba prevista su integración con nueve miembros y dos fiscales, pero la reforma de 1860 suprimió el número fijo de miembros, el que en adelante debería ser establecido por una ley del Congreso. La modificación del número de miembros a través de una ley ha demostrado ser un procedimiento que se puede prestar a la búsqueda de mayorías complacientes con el oficialismo de turno. Así ocurrió con la reforma que se concretó bajo la primera presidencia de Menem con la sanción de la ley 23.774 que elevó a nueve los integrantes de la Corte y transformó a cinco de ellos en la denominada "mayoría automática" por su clara afinidad con la administración mencionada. En 2006 la ley 26.183 reduce el número a cinco miembros.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación es el órgano supremo del Poder Judicial. Ejerce su titularidad en forma similar al Presidente en el Ejecutivo y al Congreso en el Legislativo. En el gobierno tripartito establecido por nuestro sistema constitucional, la Corte comparte las funciones de gobierno por ser el órgano superior de uno de los tres poderes del Estado, el Judicial.

Las enmiendas introducidas por la reforma de 1994, dejaron el camino abierto para el cuestionamiento del lugar que siempre ocupó la Corte, al crearse un nuevo órgano: el Consejo de la Magistratura. Ello, a pesar de que el art. 108 CN, que establece claramente la supremacía de la Corte Suprema de Justicia su supremacía no ha sido objeto de cambios. El art. 114 CN, incorpora un nuevo órgano el Consejo de la Magistratura (CM) que —como veremos más adelante—, entre sus funciones asume atribuciones que hasta entonces estaban en manos de la Corte. Así allí se dispone que el CM: "*tendrá a su cargo la selección de los magistrados y la administración del Poder Judicial...*", delegando su organización en una ley del Congreso. En el mismo artículo entre las facultades del Consejo expresa: "*... 4. Ejercer facultades disciplinarias sobre magistrados, 5. Decidir la apertura del procedimiento de remoción de magistrados y en su caso ordenar la suspensión, y formular la acusación correspondiente, 6. Dictar los reglamentos relacionados con la organización judicial y todos aquellos que sean necesarios para asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación de los servicios de justicia*".

La ley 24.937[7] de creación del Consejo de la Magistratura, lo definió como órgano permanente del Poder Judicial y lo integró con el presidente de la Corte, a quien otorgó la presidencia del nuevo órgano. Esta ley ha sido modificada por la 26.080[8].

a) Papel institucional y funciones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

La Corte Suprema es el Máximo Tribunal de la República. También se hace referencia a ella bajo la denominación de "Tribunal de Garantías Constitucionales" en virtud de sus atribuciones en materia de control de constitucionalidad. Al respecto Bercholc[9] considera que: "La CSJN encabeza uno de los tres poderes políticos del Estado, aunque sin las características propias del reclutamiento electoral típico de los otros poderes políticos en el marco de una democracia representativa, pero con una clara demanda normativa del artículo 108 CN para ejercer un rol institucional como Tribunal de Garantías Constitucionales[10], garantías que, luego de la reforma de 1994, se extienden ahora inequívocamente a la protección del sistema político, en tanto democrático (art. 36 CN)".

A partir de la cita anterior consideramos que las funciones de la Corte Suprema giran en torno a su destacado papel de intérprete final de la constitucional nacional como ella misma lo ha definido desde antaño en numerosos fallos en los que ha ejercido el control de constitucionalidad de las normas y actos de gobierno. En el ejercicio de esta función y con la autoridad que le concede el ser titular de un poder del Estado, compartiendo el gobierno de la Nación junto al ejecutivo y al legislativo, la Corte realiza las siguientes actividades:

1) Es el principal actor en la evolución de la doctrina constitucional la que se va materializando a través de sus sentencias que apuntan principalmente a interpretar la Constitución, y a expresar la última opinión sobre el sentido de sus disposiciones dentro del marco de una hermenéutica dinámica.

2) Tiene en sus manos el control judicial de constitucionalidad, que le permite definir el alcance de las competencias estatales, tanto en el plano horizontal —entre los poderes del Estado— como en el vertical —en la relación de distribución de poderes Nación-provincias—. Es decir, que le toca fiscalizar los límites en el ejercicio del poder por parte de los diferentes poderes y niveles de gobierno, evitando que se produzcan superposiciones de funciones y avasallamientos de competencias.

3) Lo anterior lo erige en el guardián del sistema de derechos de fuente tanto nacional como internacional.

4) También efectúa el denominado control de convencionalidad cuando vela por el cumplimiento de los instrumentos internacionales, impidiendo que ellos se violen, tratando de remover todos los obstáculos de derecho interno que lo impidan o exhortando a los otros poderes para que así lo hagan. De ese modo evita que se produzca la responsabilidad internacional de la Argentina por la inobservancia de los compromisos asumido en los tratados por ella suscriptos. El control de convencionalidad es el examen de compatibilidad que realiza la Corte entre las disposiciones de las normas de derecho interno respecto de las de los tratados internacionales.

5) Integra las "lagunas" normativas que se presentan en el bloque de constitucionalidad federal y de esa manera establece su alcance permitiendo su desarrollo de conformidad con las características que presenten los casos sometidos a su jurisdicción.

6) Cuando lleva a cabo el control de constitucionalidad por sentencia arbitraria controla que el derecho se aplique correctamente por parte de los tribunales inferiores federales, como así también de los provinciales y de la Ciudad de Buenos Aires.

i) Reglamento interno

La Corte dicta su Reglamento interno de conformidad con lo establecido en el art. 113 CN y nombra a sus empleados. Cabe tener en cuenta que lo relativo a la administración del Poder Judicial ha quedado reducido como consecuencia de la creación del Consejo de la Magistratura como se comentará más adelante. Quiroga Lavié explica que "el reglamento interior que le compete a la Corte es solamente el que establece su funcionamiento interno, pero ya no podrá tener contenido económico, porque ello le está asignado por la Constitución al Consejo de la Magistratura"[11].

(7) B.O. 1998/01/06.

(8) B.O. 2006/02/27.

(9) Bercholc, Jorge O., *El rol institucional de la CSJN*, en: Sabsay, D. (Dir.) y Manili, P. (coord.), *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Hammurabi, Buenos Aires (de próxima aparición).

(10) En este sentido, Bidart Campos, Germán, *La Corte Suprema, Tribunal de Garantías Constitucionales*, Ediar, Buenos Aires, 1984.

(11) Quiroga Lavié, Humberto, *Constitución de la Nación Argentina comentada*, 4ª ed., Zavalía, Buenos Aires, 2007, p. 572.

Sin embargo es un tema que todavía no ha quedado resuelto y que importa un elemento permanente de fricción entre los dos órganos que exige de un acuerdo que ponga punto final a estos enfrentamientos que afloran toda vez que se habla de aumentos salariales de los magistrados.

ii) Presidente

La Constitución menciona al Presidente de la Corte en dos oportunidades, en el art. 53 sobre juicio político, ya que dispone que será él quien presidirá la Cámara de Senadores, si el funcionario juzgado fuera el Presidente de la Nación. También lo hace en el art. 112 que exige que los miembros de la Corte deban prestar juramento ante *"el Presidente de la misma Corte"*. Salvo en *"la primera instalación"*, en que lo harán ante el Presidente de la Nación. Hasta 1930 el presidente de la Corte era nombrado por el presidente de la Nación pero a partir de ese año la designación ha quedado a cargo del mismo tribunal. Esta facultad surgió de una acordada del 19 de septiembre de 1930, curiosamente el reconocimiento provino de un gobierno *de facto*. Pensamos que esta solución es la que mejor se concilia con el principio de separación de poderes; por otra parte guarda relación con lo que acontece en el Legislativo que es el otro poder colegiado y elige a sus autoridades de manera autónoma.

iii) Requisitos para ser miembro de la Corte Suprema

El art. 111 CN exige la condición de abogado *"con ocho años de ejercicio"* a la que se suman *"las calidades requeridas para ser senador"*. Por lo tanto son los siguientes los requisitos que la Constitución contempla para ser miembro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación:

1°) poseer título de abogado; es la primera calidad exigida por la Constitución e implica la posesión de un diploma habilitante que haya sido emitido por una universidad nacional o privada con reconocimiento estatal;

2°) contar con ocho años en el ejercicio de la profesión; consideramos que para que se cumpla esta condición es necesario que la profesión haya sido ejercida de alguna manera, es decir no forzosamente como abogado litigante, sino también en la carrera judicial o cualquier otra función que para su desempeño exija el título de abogado, sea en el sector público o privado. O sea que según el caso no será necesario contar con matrícula profesional;

3°) tener la edad mínima de treinta años;

4°) ser ciudadano argentino;

5°) tener seis años de antigüedad en el ejercicio de la ciudadanía;

6°) gozar de una renta anual de dos mil pesos fuertes o de una entrada equivalente. Esta exigencia ya no tiene vigencia.

b) Status constitucional de los jueces

La primera gran condición que debe caracterizar a un buen magistrado es su capacidad de independencia de criterio, para ello además de las características personales que hacen a su buen desempeño y a su idoneidad en sentido amplio, requiere de los dispositivos institucionales que lo amparen de las presiones. Se trata de las garantías que contempla la Constitución a efectos de asegurar la independencia de los jueces. Al respecto la Corte Suprema tiene dicho desde antaño que "La facultad de interpretación de los jueces y tribunales (...) no tiene más limitación que la que resulta de su propia condición de magistrados, y en tal concepto pueden y deben poner en ejercicio todas sus aptitudes y medios de investigación legal, científica o de otro orden, para interpretar la ley, si la jurisprudencia violenta sus propias convicciones; pero no les es lícito plantear la controversia en un terreno extraño a su investidura, juzgar intenciones, atribuir propósitos, asumir en fin, actitudes que no pueden manifestarse sino en desmedro de la dignidad de la justicia que representan"[12]. El art. 109 CN le prohíbe de manera terminante al Presidente de la Nación el ejercicio de funciones judiciales y en consecuencia tampoco puede, como precisa la cláusula: *"arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas"*. A través de esta sabia regla se apunta a contar con otra modalidad de contención de la injerencia del poder político por excelencia en la administración de justicia. La disposición en comentario tiene como único antecedente al proyecto de Alberdi, ya que no figura en la Constitución de Filadelfia, ni tampoco en la argentina de 1826 de la que fueron tomadas varias de las disposiciones del presente capítulo. Esta prohibición que va dirigida al único titular del ejecutivo por supuesto también comprende como consecuencia lógica a todos los miembros del Gabinete de Ministros y demás asesores de este poder, quienes como asistentes del mismo están sujetos a las reglas que limitan el poder del Presidente de la Nación.

El art. 110 CN regula las garantías del buen funcionamiento de este poder en cuyas decisiones se juegan los bienes más preciados de los hombres. A fin de proteger la investidura judicial en razón de su función

(12) Fallos: 131:105.

y no de la persona que la ejerce, se han llevado al texto constitucional dos institutos conocidos como la garantía de inamovilidad de los jueces y la de intangibilidad de sus remuneraciones.

i) Inamovilidad

La llamada inamovilidad de los jueces de la Corte y de los tribunales inferiores de la Nación fue consagrada en nuestro texto constitucional tal como lo expresa el art. 110 CN en su primera parte: *"los jueces de la Corte suprema y de los tribunales inferiores de la Nación conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta..."*. El Máximo Tribunal ha recordado en sus fallos que esta norma está tomada literalmente de la Constitución estadounidense de conformidad con el pensamiento de Hamilton quien consideraba que el establecimiento de un Poder Judicial independiente era el único medio efectivo para asegurar los derechos de las personas y que tratándose del más débil de los tres poderes había que rodearlo de los reaseguros que le permitieran cumplir sus funciones pudiendo hacer frente a las presiones externas.

La inamovilidad es la garantía que les permite a los magistrados la continuación en sus cargos mientras dure su buena conducta. Esta condición es la contracara del mal desempeño en el ejercicio de las funciones que es una de las causales que habilitaría la puesta en marcha del proceso de remoción. La inamovilidad se traduce en la consiguiente imposibilidad de remoción, salvo a través del procedimiento de juicio político previsto en los arts. 53, 59 y 60 CN para los Ministros de la Corte Suprema, mientras que el art. 115 CN, producto de la reforma de 1994, se ocupa del mecanismo para la remoción de los jueces de los tribunales inferiores. Coincidimos con Bidart Campos en que la inamovilidad ampara también a la sede y al grado del magistrado. Así un juez por ser inamovible no puede ser trasladado, ni siquiera dentro de la misma circunscripción territorial, ni cambiado de instancia sin su consentimiento aunque tal cambio, significara un ascenso. "Su nombramiento lo es para un cargo judicial determinado y ese status no puede ser alterado sin su voluntad. De este modo la inamovilidad vitalicia se integra y complementa con la inamovilidad en el cargo ocupado y en el lugar donde se desempeña"[13].

Según la interpretación de la propia Corte, la reforma constitucional de 1994 introdujo una limitación a la inamovilidad vitalicia, excediendo el marco de las reformas autorizadas por la ley declarativa. De acuerdo al

(13) BIDART CAMPOS, GERMÁN, *Manual de la Constitución Argentina*, t. II, Buenos Aires, 1997, ps. 305 y ss.

texto reformado, entre las atribuciones del presidente, en el art. 99 inc. 4, se exige un nuevo nombramiento, para mantener en el cargo a cualquier magistrado una vez cumplida la edad de setenta y cinco años. La cláusula fue declarada nula, en una acción entablada por el Ministro de la Corte, Carlos Fayt. Entre otros fundamentos el Máximo Tribunal, entendió que la limitación de la edad vulneraba la independencia de los magistrados e iba en contra del principio de inamovilidad de los jueces. La Corte consideró que esta cuestión no estaba contemplada la ley 24.309[14] entre los temas habilitados para la reforma y que por lo tanto la correspondiente disposición debía declararse nula de nulidad absoluta por exceder el temario establecido en la mencionada ley declarativa de la necesidad de la reforma.

ii) Intangibilidad de las remuneraciones de los magistrados

El texto constitucional denomina "compensación" a la remuneración de los jueces y la preserva asegurando su intangibilidad. Al respecto, la doctrina de la Corte Suprema ha sostenido que esta garantía constitucional tiende a preservar la independencia del Poder Judicial y tiene por objeto permitir el cumplimiento del fin específico del órgano judicial. Como es obvio la interpretación del alcance del concepto de intangibilidad de la remuneración tuvo mayor importancia en las épocas de procesos inflacionarios profundos y permanentes. La norma es clara en cuanto prohíbe la reducción nominal de los ingresos. Pero cabe preguntarse si tal criterio también es aplicable cuando la reducción se produce en forma real por fenómenos de carácter económico. La Corte tuvo oportunidad de pronunciarse en el caso "Bonorino Peró c. Estado Nacional"[15], oportunidad en que el tribunal estuvo integrado por cinco conjueces.

Esta sentencia establece en sus fundamentos que resulta innecesario probar el efecto pernicioso de la inflación sobre la independencia del Poder Judicial, pues ella se presume. Además la intangibilidad comprende la obligación estatal de proveer a la administración de justicia, requisito que también deben cumplir las provincias en virtud del art. 5º CN, haciendo extensivo este mandato al poder político para el futuro, ya que expresó, el Estado Nacional deberá preservar en el porvenir, la incolumnidad de las remuneraciones judiciales. Otro tema importante es el relativo a la obligación por parte de los jueces de pagar tributos en función de definir si ello lesiona el principio de intangibilidad de la compensación. La Corte resolvió el caso del impuesto a los réditos considerando

(14) "Fayt, Carlos S.", Fallos: 322:1616, LA LEY, 1999-E, 305.

(15) "Bonorino Peró c. Estado Nacional", Fallos 308:466; ED, 116-321; LA LEY, 1986-D, 33.

que la compensación no podía disminuirse de ninguna manera. En autos "Fisco Nacional c. Rodolfo Medina"[16], luego de evaluar la incidencia de la exención impositiva a favor de los jueces con relación al principio de igualdad que rige la materia, consideró que este privilegio es aparente y que pierde su carácter personal y odioso por cuanto no se aplica a las personas sino a la institución Poder Judicial. Más recientemente se ha dicho que imponer a los jueces el pago de impuestos limita su independencia y resulta indecoroso para su dignidad, ya que quedarían sometidos al control del poder administrador. Esta fue la interpretación dada por el Juzgado Federal Nº 2 de Mendoza, *in re*: "Viotti, Ana María y otros c. Estado Nacional"[17].

Coincidimos con Midón en que dicha interpretación "resulta exagerada porque la norma no se ha propuesto exhibir un poder con funcionarios privilegiados, sino tutelar la decorosa retribución de sus miembros ante la posible lesión de la propiedad y con miras a preservar su independencia". Para luego agregar otro argumento que consideramos tiene mucha fuerza que expresa así: "por eso, creemos, si de ganancias se trata y están alcanzados por una norma general que manda oblar ese tributo, los jueces deben pagarlo como cualquier ciudadano, en tanto sean satisfechos los recaudos de autosuficiencia de sus salarios"[18]. Este ha sido el criterio que ha seguido en su jurisprudencia desde 1930 la Corte Suprema de los Estados Unidos.

iii) Inmunidades penales

La denominada ley de fueros 25.320 de la que nos hemos ocupado en el Capítulo XIV, regula las facultades de los jueces penales que se encuentren abocados en el conocimiento de causas que involucren a legisladores, magistrados o funcionarios en razón de la inmunidad de arresto de que ellos gozan como consecuencia de las funciones que desempeñan. Recordemos que del mismo modo que lo explicado en relación con los legisladores, el magistrado actuante podrá dictar todo tipo de medidas con excepción de aquellas que vulneren la inmunidad de arresto, la que sólo podrá hacerse efectiva después que el funcionario, legislador o magistrado sea separado de su cargo. Ello, de acuerdo con el procedimiento que correspondiere, sea el desafuero o el juicio político, según se trate

(16) Fallos 176:73 (1936).

(17) Juzg. Fed. Nº 2 de Mendoza, 2000/10/05, La Ley, Suplemento de Derecho Administrativo, 2001/05/14.

(18) MIDÓN, MARIO, *Manual de Derecho Constitucional Argentino*, La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 817.

de legisladores o de magistrados y funcionarios del Poder Ejecutivo, respectivamente.

iv) Otras garantías

Compartimos la opinión de Gelli, quien considera que los jueces no pueden ser juzgados por la interpretación que hacen de las normas en sus sentencias. Ello importa el reconocimiento de la libertad de deliberación y de la autonomía de decisión de los jueces, entre los institutos destinados a asegurar su independencia[19]. No obstante ello, pueden darse situaciones excepcionales cuando se trate de magistrados en cuyos fallos existiere un apartamiento manifiesto de los principios fundamentales del Estado de Derecho, como así también de los precedentes jurisprudenciales y que ello tuviere como razón de ser el de favorecer determinados intereses, como por ejemplo los del gobierno de turno. Ese comportamiento fue un rasgo distintivo de la "mayoría automática" que logró el Presidente Menem en la Corte Suprema durante sus administraciones. Recordemos por caso la privatización de Aerolíneas Argentinas que fue posible gracias a la creación pretoriana del recurso de *per saltum* invocando la causal de gravedad institucional que no existía. Consideramos que ese tipo de situaciones tienen que ver con el desempeño de los jueces y que por lo tanto son pasibles de constituirse en la base argumental en la que se sostenga su eventual remoción.

En el mismo sentido, se ha expresado: "cuando el contenido de la sentencia es manifiestamente arbitrario y, de las constancias de la causa, surgen, además, algunas sospechas de que la decisión del magistrado pudo haber estado reñida de imparcialidad [y] de falta de verdadera independencia (...), corresponde proceder a la remoción del magistrado"[20].

La norma general de organización de la justicia (dec.-ley 1285/58) establece las incompatibilidades de los jueces para la realización de otras funciones en otros poderes o en la actividad privada. Con la finalidad de preservar la imparcialidad en la toma de decisión, como así también por tratarse de una tarea que exige una ocupación a tiempo completo, sólo se les permite el desempeño de la docencia y la investigación, quedando excluida toda actividad de otra índole. La Corte Suprema ha definido el alcance de la facultad de ejercicio de la docencia universitaria de enseñanza superior en las resoluciones 504/2003 y 505/2003. La primera resolución establece que "las autorizaciones se refieren a las activida-

(19) GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *La Constitución de la Nación Argentina*, La Ley, Buenos Aires, 2001.

(20) SANTIAGO (h.), ALFONSO, *Grandezas y miserias en la vida judicial. El mal desempeño*, El Derecho, Buenos Aires, 2003, p. 91.

des estrictamente docentes", y que son tales las destinadas al "exclusivo dictado de clases y no para desempeñar funciones directivas o de otra índole en universidades o establecimientos de enseñanza superior equivalente (...), en asociaciones profesionales ni en comisiones directivas de ninguna asociación". Además, el Alto Tribunal resuelve que "no procede la autorización para ejercer la docencia en lugares alejados de la sede del tribunal, pues (...) los magistrados deben "residir en el lugar en que desempeñen sus tareas o dentro de un radio de pronta comunicación que no exceda de 70 kilómetros del mismo". Por último, la resolución 505/2003 no hace lugar a pedidos de magistrados para desempeñar funciones directivas o de consejos universitarios, pues "esas actividades se encuentran comprendidas en las prohibiciones dispuestas por diversas acordadas" dictadas desde 1996.

Cabe recordar que la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires ha resuelto con acierto lo relativo a las garantías de los magistrados. Así su art. 110 contempla la inamovilidad de los jueces y los integrantes del Ministerio Público, "*mientras dure su buena conducta y reciben por sus servicios una retribución que no puede ser disminuida mientras permanezcan en sus funciones. Gozan de las mismas inmunidades que los legisladores y pagan los impuestos que se establezcan por la Legislatura y los aportes provisionales que correspondan*". Como se advierte la Convención Constituyente de la Ciudad de Buenos Aires desarrolló adecuadamente el art. 110 de la CN en aquellos aspectos que éste dejó abiertos.

3. La reforma de 1994 y la creación del Consejo de la Magistratura y el Jurado de Enjuiciamiento[21]

La reforma de 1994 creó dos órganos; el Consejo de la Magistratura (CM) y el Jurado de Enjuiciamiento (JE) con el objetivo de asegurar la independencia del Poder Judicial. La Convención Constituyente mencionó el Dictamen Preliminar del CCD[22] como antecedente para la incorporación de estos dos nuevos órganos, no obstante que en dicho documento se desestimaba la creación de un CM, mientras que se recomendaba mantener el sistema de 1853/60 con el aditamento de mayor publicidad al proceso que permitiera la participación de la ciudadanía, en sus diferentes etapas. De conformidad con la evolución que tuvo en los Estados Unidos esta cuestión.

(21) Para la redacción de este punto se ha tomado como base el artículo que he escrito con KEVIN SABSAY, *Sobre el Consejo de la Magistratura de la Nación y su Reforma*, LA LEY, 2009-F, 896.

(22) El CCD recomendó: "Mantener el actual sistema de designación de los miembros del Poder Judicial (...) con la única modificación de que las sesiones de la Comisión en que el Senado preste o deniegue los acuerdos deben ser públicas"; por otra parte, se aconsejaba, "Reservar para la remoción de los ministros de la Corte Suprema el sistema del juicio político (...). Los integrantes de los demás tribunales inferiores de la Nación serán removidos mediante la intervención de un jury de enjuiciamiento integrado por magistrados y abogados del foro en la forma y según el procedimiento que determine la ley", (*Reforma Constitucional - Dictamen Preliminar del Consejo para la Consolidación de la Democracia*, EUDEBA, Buenos Aires, 1986, ps. 61 y 62).

Las modificaciones efectuadas por la reforma, tienden a vigorizar al Poder Judicial frente a su pérdida de independencia respecto de los poderes políticos en especial del Ejecutivo. De manera que abarcaron cuestiones relacionadas con la designación y remoción de magistrados, con su formación, con la administración del Poder Judicial, aspectos presupuestarios, poder disciplinario sobre sus miembros, etc.

El mandato constitucional recién fue cumplido en enero de 1998, oportunidad en que el Congreso de la Nación, sanciona la ley 24.937[23] que reglamenta el Consejo de la Magistratura y el Jurado de Enjuiciamiento. Esta ley fue modificada por la 26.080[24] del año 2006 en aspectos tales como la composición del Consejo, sus atribuciones, reuniones, comisiones, concursos, potestad disciplinaria, jurado de enjuiciamiento, Constitución, causales de remoción de los jueces, procedimiento.

Con la incorporación del Consejo de la Magistratura el constituyente de reforma apuntó a limitar la discrecionalidad y arbitrariedad que había caracterizado al poder público en la selección de magistrados y de dotar de un mecanismo despolitizado y más técnico para su remoción, estableciendo que el Consejo cumpliría el antiguo rol de la Cámara de Diputados como cámara acusadora en los juicios políticos y creando un Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados que asumiría el rol del Senado como cámara juzgadora.

Cabe recordar que antes de la puesta en funcionamiento del Consejo de la Magistratura, inspirándose en el modelo norteamericano de la Constitución de Filadelfia, los jueces eran electos por el Presidente, con el acuerdo de una mayoría en el Senado[25]. Esta elección quedaba a discrecionalidad del Presidente y su ocasional mayoría parlamentaria en la Cámara de Senadores. Es así que no había ningún tipo de control sobre

(23) B.O. 1998/01/06.

(24) B.O. 2006/02/27.

(25) La esencia de este sistema, al menos en los Estados Unidos, fue limitar —en lo posible— los excesos de los diputados, haciendo intervenir en la designación a los dos poderes más "débiles", el Senado y el Ejecutivo. Sobre la deliberada intención del constituyente norteamericano de limitar los excesos de la "irracional" actuación de las mayorías, a través de sus representantes —diputados—, cabe consultar a GARGARELLA, ROBERTO, *La justicia frente al gobierno*, Ariel, Barcelona, 1996, ps. 29/34.

la idoneidad técnica y moral de los candidatos, situación que se agravaba aún más por el carácter secreto que tenían las sesiones en el Senado.

Esta circunstancia atentaba contra la credibilidad del Poder Judicial[26] y por ello generó, primero en los ámbitos académicos[27] y con el tiempo en todo el ambiente jurídico, la idea de que era necesario crear otro sistema para nombrar jueces, que garantizara no sólo la idoneidad de los candidatos, sino mayor transparencia e independencia[28].

Es así que la ley 24.309 declarativa de la necesidad de la reforma constitucional de 1994 contempló la inclusión de un Consejo de la Magistratura y de un Jurado de Enjuiciamiento con cláusulas casi idénticas a las que finalmente se aprobaron en la Convención Constituyente de Santa Fe, en los arts. 114 y 115 de la Constitución reformada. Lamentablemente, y por falta de consenso político, no se pudo avanzar en la definición de temas claves como la composición del Consejo. Por ello, la constituyente se limitó a dejar intacta la noción de equilibrio entre los distintos estamentos relacionados con la Justicia, prevista en la mencionada ley (jueces, abogados y funcionarios resultantes de la elección popular[29], más los académicos), y estableció que una ley especial regularía la composición y el funcionamiento del Consejo, norma que debería ser dictada a los 360 días de aprobada la Reforma de la Constitución[30].

(26) Para una descripción de la sensación de descreimiento en la Justicia, consultar el Capítulo I del libro de VERBITSKY, HORACIO, *Hacer la Corte. La construcción de un poder absoluto sin justicia ni control*, Ed. Planeta-Espejo de la Argentina, Buenos Aires, 1993, ps. 15/30.

(27) Desde la doctrina, posiblemente uno de sus más fervorosos defensores e impulsores haya sido SAGÜÉS, NÉSTOR, en trabajos como *El Consejo de la Magistratura y su inserción en el régimen de reclutamiento de jueces* (JA, 1989-IV-890) y *El Consejo de la Magistratura* (ED, 113-851), donde promovía la incorporación del órgano a nuestro sistema mucho tiempo antes de que la idea comenzara a flotar en la cabeza de los políticos más críticos.

(28) Mario A. Midón relata, por ejemplo, que en 1994 se habría arribado a un acuerdo político-partidario primero y legislativo después (Núcleo de Coincidencias Básicas, punto H, que integró la ley 24.309 declarativa de la necesidad de la reforma constitucional) con el objeto de acotar la intervención del Poder Ejecutivo y del Congreso de la Nación en la designación y remoción de los magistrados inferiores a la Corte Suprema; como una manera también de contrapesar el presidencialismo argentino y la concentración de poder constitucional de la que goza (MIDÓN, MARIO A., *Proyecto desequilibrado*, LA LEY, 2006-A, 1276).

(29) Prestigiosas voces se levantaron, en aquel entonces, para sugerir que el camino de la prudencia aconsejaba establecer que los representantes de la elección popular sean elegidos por el Senado o por la Cámara de Diputados pero que las designaciones no recayeran entre sus miembros. Esta recomendación se fundaba en que la multiplicidad de funciones que debían ejercer en caso contrario, provocaría que el legislador dejara de ser tal para ser integrante del Consejo o haría lo que hacen por lo general los argentinos, las dos cosas a la vez, mal hechas, pero declarando la compatibilización con argumentos teóricos (BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Tratado elemental de derecho constitucional*, t. VI: *La reforma constitucional de 1994*, Ediar, Buenos Aires, 1995, p. 493).

Como resultado de ello, el art. 114 de la Constitución, en la parte que aquí interesa, establece que: "*El Consejo de la Magistratura, regulado por una ley especial sancionada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, tendrá a su cargo la selección de los magistrados y la administración del Poder Judicial. El Consejo será integrado periódicamente de modo que se procure el equilibrio entre la representación de los órganos políticos resultantes de la elección popular, de los jueces de todas las instancias y de los abogados de la matrícula federal. Será integrado, asimismo, por otras personas del ámbito académico y científico, en el número y la forma que indique la ley...*". Por otro lado, el art. 115 de la Constitución dispone, en su parte pertinente, que: "*Los jueces de los tribunales inferiores de la Nación serán removidos por las causales expresadas en el art. 53, por un jurado de enjuiciamiento integrado por legisladores, magistrados y abogados de la matrícula federal...*".

Más allá del panorama de alentador cambio que se acaba de describir, corresponde también reconocer que no todos los comentarios fueron favorables en relación a la incorporación del Consejo de la Magistratura. Así se sostuvo que se trataba de una institución ajena a la tradición judicial argentina; proveniente de un sistema —el continental europeo— en el que el judicial no constituía estrictamente un poder del Estado. Su creación en suelo europeo estaba justificada por cuanto significaba —a la larga— ganar algún grado de independencia de la judicatura respecto al Poder Ejecutivo, más no encontraba igual fundamento y finalidad su importación a estas latitudes[31].

Cabe recordar asimismo, que el Consejo para la Consolidación de la Democracia (CCD), creado durante la administración de Raúl Ricardo Alfonsín para estudiar los aspectos de una eventual reforma constitucional que no se llegó a realizar, había desaprobado la adopción del Consejo de la Magistratura, por considerar que las experiencias en el derecho comparado no habían resultado positiva, en tanto condujeron a un enquistamiento del Poder Judicial y a la consolidación de un *establishment*

(30) Conforme lo estableció la Cláusula Transitoria Decimotercera de la Constitución federal.

(31) GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *El Consejo de la Magistratura a la palestra. Las razones, el método y la subjetividad política de su enmienda*, LA LEY, 2006-A, 1082, con cita a SPOTA, ALBERTO ANTONIO, *Designación y remoción de magistrados. Precisiones en torno al Consejo de la Magistratura*, en Asociación Argentina de Derecho Constitucional, *Comentarios a la Constitución*, Ed. de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Buenos Aires, 1995, en especial, p. 147 y ss.

de los jueces, poco permeable a los cambios operados en la sociedad[32]. Es de destacar que este cuerpo asesor de la Presidencia de la Nación, a cuyo frente estuvo Carlos Nino, consideró que en realidad resultaba conveniente observar la evolución que había tenido la cuestión en el país que fue tomado como modelo en la Constitución histórica.

En efecto, en los Estados Unidos de América, el sistema de designación y remoción de jueces se ha visto enriquecido en su transparencia e independencia de criterio gracias a la consagración de un proceso llevado a cabo a esos efectos que presenta varias etapas. Se trata de dotar a la cuestión de los mecanismos de control que se derivan de la mayor publicidad y participación ciudadana en el Senado, tanto en la Comisión de Acuerdos como en el recinto. A esos efectos se llevan a cabo audiencias públicas en cuyo transcurso se plantean las observaciones por parte de los interesados; asimismo, se somete a los candidatos a interrogatorios. Todo ello es transmitido por los medios de comunicación. Estas innovaciones que se han ido perfeccionando a lo largo del siglo pasado, lo que inclusive, ha permitido que colegios públicos de abogados, academias, universidades, organizaciones no gubernamentales, etc., le eleven al Presidente de la Nación nóminas de potenciales candidatos con todos los antecedentes. En la actualidad el primer magistrado postula a alguno de los propuestos de modo de estar seguro que éste contará con la aprobación pública suficiente como para hacer frente a las actuaciones que tendrán lugar en el Senado. Así las cosas, el CCD consideró que antes de apelar a un sistema vinculado con el derecho continental europeo y que obligaba a la creación de un nuevo órgano estatal, debía profundizarse el modelo escogido por los constituyentes originarios, las que le habían aportado al país de origen los correctivos necesarios hacia el logro de una Justicia independiente e idónea.

Por último, con el CM, la designación de magistrados de los tribunales inferiores de la Nación variaba drásticamente: ahora sería por concurso público[33], sustanciado por ante el Consejo, que con los resultados

(32) Ver el Dictamen del Consejo para la Consolidación de la Democracia, p. 62 y ss., citado por VENTURA, ADRIÁN, *Consejo de la Magistratura. Jurado de Enjuiciamiento*, Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 183.

(33) Debe mencionarse que, con base en diversas teorías de género, Paola Bergallo ha criticado el sistema de concursos públicos estructurado por el Consejo. Sostiene que, de la lectura de la resolución 288/02 modificada por las resoluciones 367/02, 203/03, 333/03 y 52/04, en un concurso público, para el estudio de los antecedentes que se pide a los postulantes para "acreditar" su idoneidad, en general se presupone que la persona ha realizado múltiples actividades simultáneas. Esto, para tener siquiera oportunidades de ser ternado. Así, señala que los aspirantes deben trabajar en un juzgado o ejercer libremente la profesión, realizar doctorados, investigaciones y ejercer como docentes. Si esto es complicado para los candidatos, más lo es para las candidatas, concluye. La exigencia de todos estos requisitos, implica para las mujeres incumplir o "cumplir a medias" con un "mandato" social o personal como es el del cuidado de su familia. Remarca que las mujeres tienen lo que se ha denominado la doble jornada, pues, luego de su trabajo fuera de la casa, deben encargarse de todos los quehaceres del hogar. Esta exigencia no pesa, en general, sobre los hombres. Para la mujer, entonces, existen en este punto dos opciones, o le dedican menor tiempo a su familia o resignan el progreso en su trabajo (BERGALLO, PAOLA, *¿Un techo de Cristal en el Poder Judicial? La selección de los jueces federales y nacionales en Buenos Aires*, en *Más allá del Derecho: justicia y género en América Latina*, CABAL, LUISA y MOTTA, CRISTINA —comp.—, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2006, ps. 145-219).

del mismo, elevaría una terna vinculante al Poder Ejecutivo federal a fin de que seleccione uno de los candidatos propuestos, el cual iba a ser designado previo acuerdo del Senado (conforme art. 99, inc. 4º, segundo párrafo, de la Constitución federal).

a) Sistema de elección de jueces

Veremos cómo ha quedado la designación de los jueces en la actualidad para luego observar a vuelo de pájaro la situación en los derechos comparado y provincial.

1) Hoy sólo los miembros de la Corte Suprema son designados de conformidad con el sistema anterior a la reforma de 1994, de conformidad con lo contemplado en el art. 99 inc 4 CN que le reconoce al Presidente de la Nación la siguiente facultad: "*Nombra los magistrados de la Corte Suprema con acuerdo del Senado, por dos tercios de sus miembros presentes, en sesión pública, convocada al efecto*". Allí encontramos dos importantes modificaciones producto de la mencionada reforma, queda plasmado el requisito de una mayoría agravada de dos tercios de miembros presentes para que el Senado otorgue acuerdo a los magistrados de la Corte. La nueva modalidad apunta a conseguir un mayor consenso en la designación de quienes han de desempeñar la misión de integrar el máximo tribunal de la Nación. Se advierte que también tiene por finalidad asegurar una mayor independencia de los ministros de la Corte, en su relación con los poderes políticos, al exigir mayorías que obligarán a la búsqueda de consensos en los que deberá estar presente la voluntad de la representación de varios partidos, a fin de que las designaciones puedan hacerse efectivas.

No menos importante es la modificación referida a la discusión en sesión pública, ya que sin duda tiene que ver con el fortalecimiento de los principios republicanos. Ponemos de resalto que en el sistema anterior los acuerdos se trataban en sesión secreta para proteger la intimidad y reputación de los candidatos propuestos. A estas exigencia se agrega lo

establecido en el decreto 222/2003[34] conocido como de *autolimitación de la facultad presidencial en el nombramiento de miembros de la Corte Suprema*, que contempla la participación en la etapa de la propuesta, a todos los ciudadanos, quienes pueden presentar objeciones e impugnaciones al candidato del Ejecutivo, antes de su elevación para el acuerdo del Senado. En los considerandos del decreto se expresa: "... Que corresponde también crear los mecanismos que permitan a los ciudadanos individual o colectivamente (...) hacer conocer en forma oportuna sus razones, puntos de vista y objeciones que pudieran tener respecto del nombramiento a producir (...) que resulta conveniente adoptar un procedimiento que ordene y acote en un tiempo prudencial el ejercicio de los derechos de participación de los ciudadanos en el manejo de las cuestiones públicas de interés que esta reglamentación busca instrumentar (...)". Asimismo, el procedimiento exige que se publiquen en varios periódicos y en Internet los antecedentes detallados del candidato propuesto, éste a su vez, deberá dar a conocer su situación en materia impositiva. Esta importante modificación llevó a que el Senado contemple la celebración de una audiencia pública antes de prestar el acuerdo de designación de un magistrado.

2) Los restantes jueces los designa también el Presidente, pero en base a una terna que debe elevar el CM. Luego la aprobación presidencial debe someterse al acuerdo del Senado, que como en el caso anterior debe tener lugar en sesión pública[35]. Asimismo, para estos nombramientos rigen las mismas exigencias que establece el decreto 222/03 en materia de publicidad y participación ciudadana. Resulta entonces que, a partir de la sanción y entrada en vigencia de la ley constitucional a la que remite el art. 114 CN se requiere la intervención de tres órganos para la designación de un magistrado, a saber: el CM que elabora una terna de candidatos, el Presidente que elige de la terna propuesta el nombre que será elevado al Senado; y, por último este órgano que debe prestar acuerdo o rechazar el nombre propuesto por el Ejecutivo. Frente al rechazo debe serle elevada una nueva propuesta al Senado, ya que su intervención se limita a aceptar o rechazar el nombre elevado por el Ejecutivo, pero no está dentro de su competencia la posibilidad de sustituir por otra persona a la designada por el Ejecutivo. Esa posibilidad no se compadece con la razón de ser del acuerdo que tiene que ver exclusivamente con el ejercicio de una potestad de control.

(34) Decreto 222/2003, B.O. 2003/06/20.

(35) Segundo párrafo del art. 99, inc. 4: "Nombra los demás jueces de los tribunales federales inferiores en base a una propuesta vinculante en terna del Consejo de la Magistratura con acuerdo del Senado, en sesión pública, en la que se tendrá en cuenta la idoneidad de los candidatos".

i) Sistemas comparados

En el derecho comparado encontramos los siguientes sistemas para la designación de magistrados:

- Elección popular. Sus antecedentes históricos se remontan a Roma y a la Revolución Francesa. En la actualidad el procedimiento se aplica en Suiza y en treinta y seis estados de Estados Unidos. Es objeto de críticas en tanto somete a los magistrados a las luchas partidarias y a las exigencias de la clientela electoral[36].
- Designación por el Poder Ejecutivo sin el concurso de otro órgano (Gran Bretaña).
- Designación por el Poder Ejecutivo con la intervención de un Consejo Superior de la Magistratura (Italia, Francia, España).
- Designación del Ejecutivo con intervención del Legislativo (Estados Unidos en el orden federal).
- Designación por el propio Poder Judicial (Uruguay y Bélgica)

El *statu quo* y las funciones del CM varía de un país a otro. En Italia el CM está integrado por magistrados judiciales, miembros del parlamento y profesores titulares de Universidades Nacionales en materias jurídicas. Es un órgano de asesoramiento del Ejecutivo tanto respecto de las nuevas designaciones como de promociones o traslados.

La Constitución de Francia de 1958 le otorga al Presidente de la República la calidad de garante de la independencia de la autoridad judicial y crea el Consejo Superior de la Magistratura para asistirlo en tal misión. El Consejo está presidido por el Presidente de la República, resultando el Ministro de Justicia de pleno derecho el vicepresidente del cuerpo. Sus nueve miembros son designados por el Presidente en las condiciones fijadas por la ley orgánica que regula el procedimiento. Son sus funciones formular propuestas para los nombramientos de los magistrados de la Corte de Casación y para los de Presidente Primero de la Corte de Apelaciones, así como emitir opinión sobre las propuestas del Ministro de Justicia relativas al nombramiento de otros magistrados. Se prevé la consulta al cuerpo para otorgar indultos y las funciones de Consejo de Disciplina de los magistrados, en este último caso preside el cuerpo el Presidente Primero de la Corte de Casación. Del Consejo depende la Escuela de la Magistratura que asegura la carrera judicial de la que saldrán

(36) BENET, ARMANDO, *Sistema de designación de los jueces en el derecho argentino y comparado*, LA LEY, 1991-A, 831.

obligatoriamente los futuros magistrados, luego de muchos años de formación teórica y práctica a tiempo completo.

ii) Derecho público provincial

Nuestro derecho público provincial también exhibe en sus Constituciones la incorporación del sistema de designación de jueces por parte de Consejos de la Magistratura. Tomando sólo algunos ejemplos mencionaremos, la Constitución de Santiago del Estero[37] en su art. 194, en el capítulo del Poder Judicial, crea este órgano cuya integración y funciones aparecen en el texto constitucional. Así se prevé que estará presidido por el presidente del Superior Tribunal de Justicia, un vocal de Cámara, un funcionario del Ministerio Público, tres abogados, tres representantes de la Cámara de Diputados, legisladores o no, elegidos por sus iguales. Sus atribuciones son: a) la selección mediante concurso público de los postulantes a magistraturas inferiores del Poder Judicial y del Ministerio Público, de donde surge la terna para su elevación al Poder Ejecutivo, b) promover el enjuiciamiento de los magistrados, decidir la apertura del procedimiento de remoción y enviarla al Jurado de Enjuiciamiento.

En igual sentido la Constitución de Tierra del Fuego[38], contempla la creación de este organismo, en su art. 160 cuya integración esta compuesta por un miembro del Superior Tribunal de Justicia, un Ministro del Poder Ejecutivo, designado por el Gobernador, un fiscal de Estado de la Provincia, dos legisladores designados por la Legislatura, dos abogados de la matrícula elegidos por sus pares. Las funciones previstas pueden agruparse del siguiente modo: a) proponer la designación de los magistrados y diversos funcionarios de organismos de control, del Superior Tribunal de Justicia y b) constituirse en Jurado de Enjuiciamiento para la remoción de magistrados y funcionarios de los ministerios públicos.

La Constitución de la Provincia del Chaco[39] le dedica un capítulo al Consejo de la Magistratura y al Jurado de Enjuiciamiento. Está integrado por dos jueces, dos miembros de la Legislatura, el ministro de justicia, y dos abogados de la matrícula. Sus funciones están centradas fundamentalmente en la selección de magistrados ya que propone el nombramiento y traslado de los jueces y representantes del Ministerio Público, nombramientos que deberán estar precedidos por concursos públicos de antecedentes y oposición. En segundo lugar también actúa como jurado de enjuiciamiento de magistrados y funcionarios judiciales.

(37) Sancionada en noviembre de 2005.
(38) Sancionada el 17 de mayo de 2001.
(39) Sancionada el 27 de octubre de 1994.

En la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires el Consejo de la Magistratura está integrado por nueve miembros elegidos de la siguiente forma: tres por la Legislatura (dos terceras partes del total de sus miembros), tres jueces del Poder Judicial de Ciudad, elegidos por el voto directo de sus pares y tres abogados, dos en representación de la lista con mayor cantidad de votos y el restante de la lista que le sigue en número de votos. La ausencia de representación del ejecutivo tiene por finalidad otorgar transparencia y despejar la posibilidad de manipulación política del cuerpo en aras de garantizar la independencia de la justicia. Interviene en la selección de los candidatos a la Magistratura y al Ministerio Público que no tengan prevista otra forma de designación, siempre mediante concurso público de antecedentes y oposición, propone a la Legislatura los candidatos a jueces y al ministerio público, recibe las denuncias y decide la apertura del procedimiento de remoción formulando la acusación ante el Jurado de Enjuiciamiento. *También entendemos un avance con respecto a la CN la conformación de los jurados de los concursos* en base a listas de expertos confeccionadas por el Tribunal Superior, la Legislatura y los jueces, el órgano que ejerce el control de la matrícula de abogados y las Facultades de Derecho con asiento en la Ciudad. De esta forma se ha mejorado la técnica legislativa seguida por el constituyente federal en 1994, al establecer los principales lineamientos que debe seguir el órgano legislativo para reglamentar estos nuevos institutos.

4. CONSEJO DE LA MAGISTRATURA

a) Ubicación institucional. Características

La primera cuestión que surge de la lectura del texto constitucional es la ubicación del CM dentro de la clásica división de poderes, es decir si pertenece a alguno de ellos o si se trata de un órgano extrapoder. Su tratamiento en la Sección Tercera, Del Poder Judicial, Capítulo Primero "De su Naturaleza y Duración", permite pensar que el constituyente de reforma tuvo la intención de incluirlo dentro de dicho poder. Sin embargo, su composición comprende una mayoría de miembros que no son magistrados y además todos sus integrantes tienen previsto un plazo para el ejercicio de sus funciones, a diferencia de los magistrados que como hemos visto mantienen sus cargos *ad vitam*. Así las cosas, estos caracteres permiten inclinarse por su no pertenencia al Poder Judicial.

La ley 24.937[40] reglamentaria del CM y del JE, en su primer artículo le adjudica el carácter de *"órgano permanente del Poder Judicial de la*

(40) B.O. 1998/01/06.

Nación". Esta definición pone fin a la cuestión planteada en la doctrina en torno a su calidad de órgano de gobierno o de control. Al respecto expresa Ventura: "Que no basta con definir el Consejo como un órgano del Poder Judicial o un órgano extrapoderes, sino que hay que definir qué función cumple el ente: determinar si es un órgano de gobierno o un órgano de control del Poder Judicial. Entiendo que sólo la Corte puede gobernar el Consejo, por lo cual sostengo el criterio de que el consejo es un órgano extrapoderes, de control —pero no de gobierno— del Poder Judicial"[41].

La creación de este nuevo ente tuvo por finalidad evitar la discrecionalidad en el nombramiento de los magistrados y tal la razón por la cual antes de la intervención de los dos poderes políticos, se intercala la actuación del CM. Participación que tiene por objetivo central mejorar la decisión, tanto en lo que hace a la idoneidad, como a la independencia de criterio de quienes luego se convertirán en jueces de la República. Así se da un paso más en la dirección de hacer regladas las facultades de los poderes políticos en aras de evitar la arbitrariedad en su ejercicio.

Cabe destacar que el modelo proviene del derecho continental europeo, que ha servido de antecedente al constituyente del 94, el que está integrado por dos instituciones mutuamente relacionadas: Consejo y Escuela. Precisamente, esta última constituye en países como Francia una institución mayor a la que se ingresa por concurso y luego deben transitarse varios años de formación y de evaluación que concluye con la confección de un orden de mérito que es elevado al ejecutivo, será este órgano el que de manera por demás reglada —y hasta podríamos decir predeterminada— quien tomará la decisión. Un sistema de este tipo permite una óptima formación al tiempo que dificulta al máximo todo tipo de arbitrariedades en la elección de los futuros jueces. Por el contrario, el sistema de concursos imperante en nuestro CM se ha caracterizado por su dudosa transparencia que ha motivado la escandalosos acontecimientos ocurridos en el transcurso de los exámenes de oposición.

i) Composición: requisitos, remoción

Teniendo en cuenta los objetivos que llevaron introducir la reforma es evidente la importancia de la integración de los dos órganos, aspecto que quedó en manos del legislador. Así, la ley especial 24.937, prevista en la norma constitucional para la reglamentación del CM y el Jurado

(41) VENTURA, A., *Consejo de la Magistratura y Jurado de Enjuiciamiento*, Depalma, Buenos Aires, mayo de 1998.

de Enjuiciamiento de Magistrados de la Nación (JE)[42], pudo aprobarse recién el 30 de diciembre de 1997[43], previo acuerdo político de sancionar una ley correctiva (ley 24.939) que agregaría un consejero académico más, elevando la totalidad de integrantes a la cifra de 20 miembros.

ii) Integración

La integración del CM de 20 miembros, se organizó de la siguiente manera (art. 2º de la ley 24.937, con la sustitución del art. 1º de la ley 24.939): el presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación —que a su vez sería el presidente del Consejo, cfr. art. 10 de la ley 24.937—; cuatro jueces del Poder Judicial de la Nación; ocho legisladores —cuatro senadores y cuatro diputados—; cuatro representantes de los abogados de la matrícula federal; un representante del Poder Ejecutivo Nacional y dos representantes del ámbito académico y científico.

Los cuatro jueces del Poder Judicial serían elegidos por el sistema D'Hont, garantizándose la representación igualitaria de los jueces de Cámara y de primera instancia y la presencia de magistrados con competencia federal en el interior de la República (art. 2º, inc. 2º, de la ley 24.937).

Los ocho legisladores serían designados por los presidentes de la Cámara respectiva, a propuesta de los respectivos bloques, correspondiendo cuatro por cada una de ellas, siguiendo la regla de composición siguiente: dos al bloque con mayor representación legislativa, uno por la primera minoría y uno por la segunda minoría (art. 2º, inc. 3º, de la ley 24.937)[44]. En este punto queremos dejar constancia de nuestra oposi-

(42) Néstor Sagüés indicó que estas facultades que la Convención Constituyente delegó en el Congreso eran "cuasi constituyentes", pues su ejercicio completa, por vía de precisión y determinación, la operación constituyente. Entonces, esta ley sería de indudable contenido constitucional y, por ello, su dictado resulta necesario para la definitiva configuración del Estado de Derecho. Ver SAGÜÉS, NÉSTOR, *Más que interpretar, construir*, La Nación, ejemplar del día 17 de junio de 1995, citado por SABSAY, DANIEL ALBERTO y ONAINDIA, JOSÉ MIGUEL, *La Constitución de los argentinos. Análisis y comentario de su texto luego de la reforma de 1994*, Errepar, Buenos Aires, 2000, p. 382.

(43) No puede perderse de vista que, como bien señaló Germán J. Bidart Campos, habiendo entrado en vigor la reforma constitucional con fecha 24 de agosto de 1994 y conforme a lo establecido en la Cláusula Transitoria Décimotercera de la Constitución federal a la que ya se ha hecho referencia, la ley especial prevista en la norma constitucional debería haber sido sancionada a más tardar el día 19 de agosto de 1995 (BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional*, t. VI, ob. cit., p. 115).

(44) Ya se había pregonado que, respecto de los representantes del Poder Legislativo, el Consejo debiera ser el "espejo" del Congreso en el sentido de guardar la proporcionalidad con el número de senadores y diputados que cada partido tiene, con el objetivo de evitar que la mayoría parlamentaria controle la designación de los representantes del cuerpo (KEMELMAIER DE CARLUCCI, AÍDA, *El Poder Judicial en la refo-*

ción a que sean los legisladores quienes se incorporen al Consejo. Ello por motivos de estricto corte constitucional en tanto nuestra Ley Fundamental impide que una persona se desempeñe al mismo tiempo en dos poderes del Estado. En efecto, el Consejo integra el Poder Judicial y, con esta solución, entre sus miembros se incorporan legisladores e integrantes del Ejecutivo(45). Asimismo, consideramos inoportuna la presencia de representantes del Senado, dado que este órgano interviene de manera determinante cuando presta el acuerdo con que se concreta el acto complejo consistente en el nombramiento de un magistrado federal, no siendo entonces razonable que también actúe a través de sus representantes *ex ante* en la elaboración de la terna y de más actos en los que interviene el Consejo. Así las cosas, la solución consistiría en el nombramiento por parte de las Cámaras del Congreso, o sólo de la de Diputados, de sus representantes, designación que debería recaer en juristas de nota y seguir pasos previos similares a los determinados en el decreto 222/03 que fuera analizado precedentemente. Creemos que se trata del temperamento más acorde con una interpretación razonable de las cláusulas constitucionales en juego.

Los representantes de los abogados deben ser electos por el voto directo de los profesionales de la matrícula federal, aplicándose el sistema D'Hont y garantizándose la presencia de los abogados del interior de la República (art. 2º, inc. 4º, de la ley 24.937).

Por último, los representantes del ámbito académico y científico, serían designados mediante el siguiente mecanismo: uno debía ser profesor titular de cátedra universitaria de facultades de derecho nacionales, elegido por sus pares. A tal efecto, el Consejo Interuniversitario Nacional confeccionaría el padrón y organizaría la respectiva elección. El otro representante sería una persona de reconocida trayectoria y prestigio, que haya sido acreedor de menciones especiales en ámbitos académicos y/o científicos, elegido por el Consejo Interuniversitario Nacional con el voto de los dos tercios de sus integrantes (art. 2º, inc. 6º, de la ley 24.937, con la sustitución del art. 1º de la ley 24.939)(46).

---

nal, en AA.VV., *Derecho Constitucional de la Reforma de 1994*, t. II, Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos, Mendoza, 1995, distribuido por Ed. Depalma, p. 253). Aunque la magistrada también sostuvo en dicho trabajo que el éxito o fracaso del Consejo de la Magistratura dependería, fundamentalmente, de la capacidad y probidad de los seres humanos que lo conformaran, con independencia de sus pertenencias políticas.

(45) Así, durante varios años la Viceministra de Justicia de la Nación Marcela Losardo integró el Consejo como representante del Poder Ejecutivo.

(46) Se recuerda la propuesta que formuló en este punto CRAVIOTTO, EDUARDO, *El Consejo de la Magistratura (¿Consecuencia de la crisis de administración de justicia?)*, LA

El art. 114 utiliza la expresión *equilibrio* entre los representantes de los sectores políticos, judicial, de los abogados y del ámbito académico y científico, como criterio para la determinación del número de miembros que debe tener cada uno de ellos. Este tema es analizado en el punto relativo a la reforma efectuada por la ley 26.080, al cual remitimos.

iii) Requisitos para ser miembro del Consejo de la Magistratura, duración del mandato, presidencia

El art. 4º de la ley 24.937, para ser miembro del CM exige que quienes lo integren reúnan los requisitos exigidos para ser ministro de la Corte Suprema. Por lo tanto resultan de aplicación los arts. 11 y 55 de la CN, de manera acumulativa, es decir que deben ser abogados.

La ley establece la renovación total cada cuatro años, lo que obliga a una suerte de período refundacional cada vez que se renuevan sus miembros. La ley 26.080 innovó respecto de la anterior exigiendo un intervalo de cuatro años entre cada período de mandato. La duración del mandato de los miembros del CM se fijó en cuatro años(47), con la posibilidad de reelección por una vez en forma consecutiva (art. 3º de la ley 24.937).

La primera ley le otorgaba la presidencia del CM al presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, entendemos que su finalidad fue la de unificar las cabezas de ambos organismos y evitar los conflictos previsibles en razón de la superposición de algunas de sus competencias. La ley 26.080, reemplazó el sistema estableciendo que el presidente es elegido por los miembros del Consejo (art. 3º, inc. 4: *"designar entre sus miembros a su presidente y vicepresidente"*).

b) Funcionamiento, competencias

La ley 24.937 en su art. 7º, contempla las atribuciones del Consejo, comenzando por la de dictar su reglamento interno. En su inc. 2 establecía: *"dictar los reglamentos referidos a la organización judicial y los reglamentos complementarios de leyes procesales, así como las disposiciones necesarias para la debida ejecución de esas leyes y toda normativa que asegure la independencia de los jueces y la eficaz prestación de la admi-*

LEY, 1995-A, 839, quien sugirió que a los académicos y científicos debería proponerlos en terna vinculante una comisión formada por representantes de todas las universidades de la Nación.

(47) Tal como fuera sugerido por VACCARI, HORACIO en su trabajo titulado *El Poder Judicial en la reforma de la Constitución*, ED, 157-743.

nistración de justicia", esta atribución resultó demasiado amplia, ya que no se determinaban los límites de su función reglamentaria, con lo cual se corría el riesgo de conflictos con el Congreso cuando dicta las normas que hacen al funcionamiento del Poder Judicial.

La ley 26.080, acotó esta facultad del CM al dictado de los reglamentos que sean necesarios para ejercer las funciones del mismo y garantizar una eficaz prestación de justicia.

En cuanto a la actuación del Consejo las modalidades previstas son, en plenario, en comisión, por medio de su secretaría, de la oficina de administración financiera y órganos auxiliares.

La ley divide en cuatro comisiones al Consejo (art. 12): a) selección de magistrados y escuela judicial, b) de disciplina, c) de acusación, d) de administración y financiera. Sin duda cada una de ellas tiene su propio ámbito de competencias. La labor de la primera de las comisiones ha sido detallada minuciosamente en la determinación de los pasos a seguir para la selección de los futuros magistrados. El legislador ha recurrido al concurso público de oposición y antecedentes a cargo de un jurado, el que debe tener lugar con anterioridad a la propuesta de la terna que debe ser presentada ante el Poder Ejecutivo.

El CM actua en sesiones plenarias, por la actividad de sus comisiones, y por medio de una Secretaría del Consejo, una Oficina de Administración Financiera y de otros organismos cuya creación se disponga (art. 6º de la ley 24.937).

El plenario se reúne en sesiones ordinarias y extraordinarias, siendo necesario para convocar a éstas últimas, la petición de 8 de sus miembros, o la del Presidente del Consejo o de su Vicepresidente en caso de ausencia del titular del cuerpo (art. 8º de la ley 24.937).

El *quórum* para que sesione el plenario se fijó en 12 miembros y las decisiones se adoptarían por la mayoría absoluta de los miembros presentes, salvo cuando se estableciera una mayoría especial (art. 9º de la ley 24.937, según sustitución del art. 1º de la ley 24.939). La ley 20.080 al reducir la cantidad de integrantes del Consejo, también redujo el quórum necesario para sesionar en plenario, el cual pasó de la presencia de 12 miembros a la de siete Consejeros.

Las atribuciones del plenario se encontraban delimitadas en el art. 7º de la ley 24.937, siendo las más importantes de ellas: dictar su reglamento general (inc. 1º); determinar el número de integrantes de cada comisión, por mayoría de dos tercios de miembros presentes (inc. 5º, con la sustitución del art. 1º de la ley 24.939); decidir la apertura del proceso de remoción de magistrados —previo dictamen de la Comisión de Acusación—, formular la acusación correspondiente ante el Jurado de Enjuiciamiento y ordenar después, en su caso, la suspensión de los mismos[48], todo ello con el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes (inc. 7º, con la sustitución del art. 1º de la ley 24.939); reglamentar el procedimiento de los concursos públicos de antecedentes y oposición (inc. 9º); aprobar los concursos públicos y remitir al Poder Ejecutivo las ternas vinculantes de candidatos a magistrados (inc. 10); aplicar las sanciones[49] a los magistrados a propuesta de la Comisión de Disciplina y con el voto de los dos tercios de los miembros presentes (inc. 12) y por último, remover a sus miembros de sus cargos con el voto de las tres cuartas partes de los miembros totales del cuerpo (inc. 14).

Por ley 24.937 (art. 12), se establecían las siguientes comisiones: la Comisión de Selección de Magistrados y Escuela Judicial; la Comisión de Disciplina; la Comisión de Acusación y la Comisión de Administración y Financiera.

- La Comisión de Selección de Magistrados y Escuela Judicial se ocuparía principalmente de llamar a concurso público de oposición y antecedentes para cubrir las vacantes de magistrados; de sustanciar los concursos designando el Jurado que tomaría intervención en el mismo y de confeccionar las ternas para su elevación al plenario del Consejo para su consideración (art. 13 de la ley 24.937). Se conformaría por cuatro abogados, tres jueces, dos diputados, dos representantes del ámbito académico y científico y el representante del Poder Ejecutivo Nacional (art. 22 de la resolución 3/98 del Consejo de la Magistratura de la Nación).
- La Comisión de Disciplina, cuya función medular consistiría en proponer al plenario del Consejo sanciones disciplinarias a los magistrados (art. 14 de la ley 24.937), se integraría por cuatro jueces, cuatro senadores, un abogado de la matrícula federal y un

(48) De este modo, se quiso evitar que el juez acusado siga administrando justicia. A favor: CRAVIOTTO, EDUARDO, *El Consejo de la Magistratura (¿Consecuencia de la crisis de administración de justicia?)*, ob. cit., p. 939. Por otro lado, autores como BIELSA, RAFAEL A. y LOZANO, LUIS F., en *Las atribuciones del Consejo de la Magistratura (Extensión y límites)*, LA LEY, 1994-E, 1107, enfatizaron que la atribución de suspender a los magistrados durante la sustanciación del proceso de remoción debería ser otorgada al Jurado de Enjuiciamiento a modo de medida cautelar. Asimismo, estos doctrinarios, previendo que la facultad fuera concedida al plenario del Consejo, sugirieron la posibilidad de que el Jurado revise, con carácter previo y especial, la suspensión decretada por el Consejo, suspenda en caso de que no lo haya hecho el Consejo e, incluso, desestime *in limine* la acusación manifiestamente improcedente.

(49) GENTILE, JORGE HORACIO, *La Justicia en la Constitución Reformada*, LA LEY, 1994-E, 1150: las sanciones disciplinarias no podrán afectar la estabilidad en el cargo, la sede, el grado ni la compensación o retribución de los magistrados.

representante del ámbito académico y científico (art. 22 de la resolución 3/98 del Consejo de la Magistratura de la Nación)[50].

- La Comisión de Acusación, que proponía al plenario del Consejo la acusación de magistrados a efectos de su remoción (art. 15 de la ley 24.937)[51], quedó compuesta por cuatro abogados, dos diputados y un senador (art. 22 de la resolución 3/98 del Consejo de la Magistratura de la Nación).

- Finalmente, la Comisión de Administración y Financiera, encargándose fundamentalmente de funciones de fiscalización a nivel de control financiero y de legalidad (art. 16 de la ley 24.937), se encontraba integrada por doce miembros distribuidos de la siguiente manera: cuatro jueces, tres senadores, dos diputados, un abogado, el representante del Poder Ejecutivo Nacional y un representante del ámbito académico y científico (art. 22 de la resolución 3/98 del Consejo de la Magistratura de la Nación).

c) La reforma del Consejo de la Magistratura (ley 26.080)

i) Antecedentes

Las críticas al CM por la notoria morosidad en el proceso de selección de candidatos a la magistratura, la burocratización del cuerpo o las presiones políticas, ideológicas o corporativas que no habría neutralizado suficientemente, llevaron a la presentación de varios proyectos para la reforma de su régimen[52].

Es así que el 22 de febrero de 2006 fue sancionada la ley 26.080 —promulgada el viernes 24 de febrero de 2006 y publicada en el Boletín Oficial el lunes 27 de febrero de 2006—, que reformó sustancialmente diversos aspectos del Consejo de la Magistratura, tal cual fuera estructurado por las leyes 24.937 y 24.939. En los puntos anteriores ya hemos tomado los criterios de la ley vigente en varias de sus reformas a la primera ley reglamentaria.

---

(50) Según BIELSA, RAFAEL A. y LOZANO, LUIS F., *Las atribuciones del Consejo de la Magistratura (Extensión y límites)*, ob. cit., p. 1109, la Comisión debía ser integrada por jueces y abogados y no por políticos, al menos, mayoritariamente.

(51) "La Comisión de Acusación propone al plenario del Consejo la remoción de un juez y es el cuerpo el que decide", VENTURA, ADRIÁN, *Consejo de la Magistratura. Jurado de Enjuiciamiento*, ob. cit., p. 317.

(52) GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *El Consejo de la Magistratura a la palestra. Las razones, el método y la subjetividad política de su enmienda*, LA LEY, 2006-A, 1082, ya citado.

El punto que más críticas generó fue la reducción de la cantidad de miembros del Consejo de 20 a 13 integrantes, disminuyendo el número de representantes de abogados, jueces y académicos, y eliminando las segundas minorías parlamentarias. Los únicos que mantienen idéntica representación son los legisladores por la mayoría y por la primera minoría, y el representante del Poder Ejecutivo.

Los miembros, entonces, se distribuyen actualmente de la siguiente forma: seis legisladores, tres por cada Cámara, dos por la mayoría y uno por la primera minoría; un representante por el Poder Ejecutivo; dos representantes por los abogados; tres jueces del Poder Judicial de la Nación y un representante del ámbito académico y científico.

La primera conclusión que se extrae es que la reducción resulta arbitraria. Si bien la ley 26.080 redujo el número de integrantes del Consejo, el desequilibrio en la representación de los diversos sectores se mantuvo, ya que por una parte le concede al sector político, 7 miembros sobre 13 y además los 5 representantes del oficialismo obtienen una potestad de veto implícito, en tanto sin su concurso le será imposible al pleno lograr la elevación de la terna o acusar a un juez ante el JE.

El sector político fue disminuido, al igual que el de los jueces en un 25%, mientras el de los abogados y científicos en un 50%. A ello podría agregarse que el sector político, al contabilizar siete miembros de trece, alcanzó el 53,87%, lo que supone un número suficiente para sesionar con *quórum* propio y la posibilidad de resolver sobre todas aquellas cuestiones que no requieran mayoría especial.

La nueva ley suprime la representación a las segundas minorías legislativas, cuya participación en el funcionamiento del CM había sido clave para que se conocieran irregularidades y se mejorara la transparencia en su funcionamiento. Contrariamente a las críticas efectuadas por la doctrina, en lugar de solucionar la situación de inconstitucionalidad que se desprende de la presencia directa de legisladores dentro de un órgano que pertenece al Poder Judicial, se acentúa el poder de decisión que estos tendrán dentro del CM, en particular de quienes provienen del oficialismo. La solución correcta debió de haber sido que cada Cámara designe a juristas prestigiosos, reconocidos por la solidez de sus conocimientos y honestidad profesional como sus representantes en el CM.

Sin embargo, no sólo merecen ser analizadas estas cuestiones numéricas que aparejó la reforma. Debe reflexionarse sobre otros puntos que pasaron relativamente en silencio para la opinión pública y que ameritan un pormenorizado examen en relación a su adecuación o no a las pautas constitucionales.

ii) Principales reformas

A continuación veremos las reformas de mayor trascendencia operadas sobre el régimen del Consejo de la Magistratura. Así se hizo objeto de numerosas críticas la extensión de las modificaciones introducidas a las atribuciones del plenario (art. 3º de la ley 26.080).

a) En primer lugar, el plenario ya no tiene la atribución de "dictar los reglamentos referidos a la organización judicial y los reglamentos complementarios de las leyes procesales, así como las disposiciones necesarias para la debida ejecución de esas leyes y toda normativa que asegure la independencia de los jueces y la eficaz prestación de justicia" (texto según art. 7º, inc. 2º, de la ley 24.937) sino que debe limitarse a dictar los reglamentos que sean necesarios para ejercer las facultades que le atribuye la Constitución federal y la ley 26.080 a fin de garantizar una eficaz prestación de la administración de la justicia.

b) Por otro lado, se prevé la posibilidad de que el plenario designe al Presidente y al Vicepresidente del Consejo —por la mayoría absoluta de la totalidad de sus miembros, conforme arts. 6º y 7º de la ley 26.080—. Antes sólo se elegía el Vicepresidente del cuerpo por mayoría absoluta de presentes (del juego de los arts. 7º inc. 4º, 9º —con la sustitución del art. 1º de la ley 24.939— y 11 de la ley 24.937) en tanto el Presidente del Consejo era el Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (por art. 10 de la ley 24.937) y ahora este último no integra más el Consejo como ya se refirió (art. 1º de la ley 26.080). Sobre el particular, cabe puntualizar que los cargos de Presidente y Vicepresidente del Consejo, por los arts. 6º y 7º de la ley 26.080, tienen fijada una duración para su ejercicio: un año con la posibilidad de ser reelectos con intervalo de un período.

c) Tampoco el plenario del Consejo determina más el número de integrantes de cada comisión, por mayoría de dos tercios de miembros presentes (art. 7º, inc. 5º, de la ley 24.937 con la sustitución del art. 1º de la ley 24.939) en tanto la integración de cada Comisión ya está fijada en la propia ley 26.080. A partir de ahora, deberá designar los integrantes de cada comisión pero por mayoría absoluta de los miembros presentes.

d) En otro orden de cosas, se elevó la mayoría requerida para designar y remover al administrador general del Poder Judicial de la Nación, al secretario general del Consejo y al secretario del cuerpo de auditores del Poder Judicial (este último no previsto en el texto de la ley 24.937) así como a los titulares de los organismos auxiliares que se crearen, de mayoría absoluta de presentes (por aplicación del art. 9º de la ley 24.937, con la sustitución del art. 1º de la ley 24.939) a mayoría absoluta de la totalidad de los miembros del plenario.

e) También se elevó la mayoría exigida para reglamentar el procedimiento de los concursos públicos de oposición y antecedentes de mayoría absoluta de presentes (por aplicación del art. 9º de la ley 24.937, con la sustitución del art. 1º de la ley 24.939) a mayoría absoluta del total de miembros del plenario (art. 9º de la ley 26.080).

f) Se redujo, en cambio, la mayoría requerida para aplicar sanciones a magistrados. Antes para hacerlo, era necesario reunir la voluntad de los dos tercios de los miembros presentes del cuerpo. Con la modificación, bastará con la mayoría absoluta de los miembros presentes.

g) La ley 26.080 (art. 3º) estableció que la decisión de abrir un proceso disciplinario no podría extenderse por un plazo mayor a 3 años, computados desde el momento de presentación de la denuncia contra el magistrado. Si transcurre el señalado plazo y no fue tratado el expediente por la Comisión de Disciplina y Acusación, el mismo deberá pasar al plenario para su inmediata consideración.

h) En el artículo cuarto de la ley modificatoria, en su segunda parte, se sentó un buen principio: los expedientes que tramiten en el Consejo serán públicos, especialmente los que se refieran a denuncias efectuadas contra magistrados.

i) Una de las más criticadas reformas de la ley 26.080 (art. 8º) es que se fijó la integración de cada Comisión, a la vez que se modificaron algunas de ellas. La crítica, vale aclarar, no se dirigió a la modificación en la cantidad de Comisiones ni tampoco a que se haya fijado legalmente el modo en que quedarían integradas. Las quejas apuntaron en definitiva al concreto modo en que el legislador decidió integrar cada Comisión, señalando algunas arbitrarias exclusiones[53].

Esta cuestión ha quedado de la siguiente manera:

- La Comisión de Selección de Magistrados y Escuela Judicial está conformada por tres jueces, tres diputados, el representante del Poder Ejecutivo y el representante del ámbito académico y científico. Así, despertó agitada polémica la exclusión de los abogados de la composición. A nuestro criterio constituye una seria violación del principio de igualdad ante la ley y se basa en el prejuicio consistente en considerar que éstos, dada su posición, no serían imparciales. De esta manera este sector es el que ve más seria-

(53) Ver, por ejemplo, GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *El Consejo de la Magistratura a la palestra. Las razones, el método y la subjetividad política de su enmienda*, LA LEY, 2006-A, 1082.

mente disminuida su participación, tanto por esta razón como por la disminución de sus representantes en el CM y en el JE.

- La nueva Comisión de Disciplina y Acusación se compone de un representante de los abogados de la matrícula federal, dos senadores, dos diputados, dos jueces, el representante del ámbito académico y el representante del Poder Ejecutivo.

- La Comisión de Administración y Financiera tiene entre sus integrantes a dos diputados, un senador, dos jueces, un representante de los abogados de la matrícula federal y el representante del Poder Ejecutivo.

- Por último, la composición de la Comisión de Reglamentación se fijó en dos jueces, un diputado, un senador, un representante de los abogados de la matrícula federal y el representante del ámbito académico y científico. Esta, tiene a su cargo la elaboración de los reglamentos que le encomienden el presidente del Consejo, el plenario o las otras Comisiones así como el encargo de expedirse sobre los proyectos de reglamentación generados en el ámbito de los órganos mencionados en primer término. A su vez, puede formular propuestas de modificación de las reglamentaciones vigentes (art. 11 de la ley 26.080).

iii) Análisis de la reforma

iii.1) La noción de equilibrio

Ya nos hemos referido a esta voz contemplada en el art. 114 CN que sin lugar a dudas es poco precisa y dada su vaguedad cuesta determinar su alcance. De la decisión que se adopte sobre el particular, se derivará la integración que es dable exigir para la composición del Consejo de la Magistratura de la Nación. Esta referencia a la delimitación del término, vale aclararlo, es inevitable en todo trabajo sobre el Consejo de la Magistratura. Cabe recordar que la anterior composición del Consejo de la Magistratura ya había despertado autorizadas voces de protesta[54].

(54) GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, La Ley, Buenos Aires, 2005, p. 936: "...De los legisladores, cuatro son senadores y cuatro diputados elegidos por el Presidente de cada Cámara del Congreso a propuesta de los respectivos bloques partidarios, correspondiendo dos al bloque con mayor representación legislativa, uno por la primera minoría y otro por la segunda minoría. Esta es la mayor representación estamentaria del Consejo. Unida al representante del Poder Ejecutivo —que corresponde sin lugar a dudas, pues el presidente de la Nación constituye un órgano político resultante de la elección popular— rompe, a favor de los integrantes del

Mucho se discutió y escribió sobre este tema central. Y no es para menos, pues, como bien señaló Humberto Quiroga Lavié, si se da preeminencia al sector político, no se logrará el objetivo de superar la politización de la designación de jueces; si la mayoría es adjudicada al Poder Judicial se favorece la corporativización; en cambio, si los abogados son mayoría, sería un sistema descompensado pues los letrados tienen menor representatividad social que los representantes del pueblo[55]. La cuestión es delicada, importante[56] y muy compleja, generadora de un gran esfuerzo de ingeniería política[57] y es la clave para determinar el perfil del Consejo[58].

De acuerdo con Ventura, podemos diferenciar entre un CM eminentemente político y uno de corte político-profesional. El primero, es el resultado de una particular interpretación del texto del art. 114 CN, el que, al procurar determinar el equilibrio, hace hincapié en que al ser dos los órganos políticos electivos (Poder Ejecutivo y Poder Legislativo), al diagramar la composición del Consejo, los representantes de esos sectores deben tener un peso relativo significativo, aún mayor que el que correspondería a representantes de la abogacía y la judicatura[59]. Esta fue la posición fijada por el Partido Justicialista durante la Convención Constituyente[60]. El

Consejo de origen político, la pauta del equilibrio dispuesta en la Constitución. Aunque equilibrio entre las representaciones no equivale a igualdad, la desproporción política es evidente y se incrementa respecto a los senadores ya que a éstos les corresponde una ulterior intervención en la designación de magistrados, al acordar o denegar el acuerdo para el candidato que en definitiva proponga el presidente de la Nación". Esta postura ha sido reiterada por la autora recientemente en un artículo publicado en LA LEY, 2006-A, 1082, titulado *El Consejo de la Magistratura a la palestra. Las razones, el método y la subjetividad política de su enmienda*, ya citado.

(55) QUIROGA LAVIÉ, HUMBERTO, *La nueva justicia: el Consejo de la Magistratura*, en AA.VV., *Interpretando la Constitución*, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995, p. 104.

(56) BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Tratado de derecho constitucional argentino*, t. VI, ob. cit., p. 493: "...la mención del equilibrio entre tales representaciones es muy importante porque —por ejemplo— quedaría roto si por la cantidad de miembros de los órganos políticos de origen popular quedara a merced de ellos una predominancia que neutralizara la representación de los jueces y de los abogados que, de algún modo, son pares del candidato por la índole de sus funciones profesionales".

(57) BIANCHI, ALBERTO B., *El Consejo de la Magistratura*, LA LEY, 1994-E, 1275 (especialmente p. 1278).

(58) VENTURA, ADRIÁN, *Consejo de la Magistratura. Jurado de Enjuiciamiento*, ob. cit., p. 200: "...Según como se interprete el equilibrio entre los distintos sectores que participan del cuerpo, es decir, los representantes de los órganos políticos electivos, de los jueces y de los abogados, estaremos frente a un Consejo eminentemente político o un órgano político-profesional".

(59) VENTURA, ADRIÁN, *Consejo de la Magistratura. Jurado de Enjuiciamiento*, ob. cit., p. 200.

(60) GARCÍA LEMA, ALBERTO MANUEL, *La reforma por dentro. La difícil construcción del consenso constitucional*, Ed. Planeta, Buenos Aires, 1994, p. 218.

egundo, es el que se deriva de la interpretación de la cláusula constitucional que lleva a crear un Consejo con menor número de representantes políticos y mayor participación del sector judicial y profesional, pues se onsidera que los representantes de los órganos políticos electivos —aun cuando entre ellos figure uno nombrado por el Poder Ejecutivo— no pueden, en conjunto, tener más peso que los abogados y jueces[61]. Carlos Santiago Nino enfatizó, sin estar obviamente refiriéndose a la noción de equilibrio de la norma constitucional, que el debido proceso indica que el proceso judicial debe estar guiado por jueces independientes: Las condiciones de independencia del juez que preside el proceso son fundamentales (...) La designación por los órganos políticos promueve el favoritismo con el órgano del que proviene la designación"[62].

¿Pero cuál es el significado literal del término equilibrio? Ello a fin de elegir la alternativa más ajustada a la intención del constituyente. Según la Real Academia Española[63], las opciones semánticas son: 1. Estado de un cuerpo cuando fuerzas encontradas que obran en él se compensan destruyéndose mutuamente. 2. Situación de un cuerpo que, a pesar de tener poca base de sustentación, se mantiene sin caerse. 3. Peso que es igual a otro y lo contrarresta. 4. Contrapeso, contrarresto, armonía entre cosas diversas. 5. Ecuanimidad, mesura, sensatez en los actos y juicios. 6. Actos de contemporización, prudencia o astucia, encaminados a sostener una situación, actitud, opinión, etc., insegura o dificultosa.

Si se toma al significado que se ha individualizado como 3, por equilibrio deba entenderse una equivalencia de fuerzas, donde ninguna prevalece sobre la otra. Sin embargo, de todos los significados enumerados, y más aún en el caso del significado 4, parece hablarse de un contrapeso armónico entre diferentes fuerzas o cosas.

Este último se presenta como el más adecuado a efectos de interpretar la disposición normativa constitucional. No puede sostenerse que el equilibrio de la norma constitucional implica una igualdad numérica de cada uno de los estamentos, sólo debe exigirse armonía en el peso de las fuerzas, que ninguna sobresalga en relación a las otras[64]. Mario Mi-

(61) VENTURA, ADRIÁN, *Consejo de la Magistratura. Jurado de Enjuiciamiento*, ob. cit., p. 201.

(62) NINO, CARLOS SANTIAGO, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, ob. cit., p. 452.

(63) http://www.rae.es/.

(64) Por ejemplo, Germán J. Bidart Campos sostuvo que "...el equilibrio no depende solamente del número de representantes de cada sector, sino además de quién es el designante de ellos. Si a las personas del ámbito científico y académico las nombrara el Congreso o el Poder Ejecutivo, el equilibrio quedaría perturbado, cosa que no ocurriría si la designación proviniera de las universidades o de las academias nacionales". Asimismo, este prestigioso doctrinario afirmó, en derredor de la noción de equilibrio tratada, que "*no*

dón, por ejemplo, destacó que la idea de equilibrio apunta a un prudente y adecuado balance que nivele en forma ecuánime la composición del Consejo[65]. Consideró asimismo que equilibrio es un vocablo que, en la semántica constitucional del art. 114 está asociado a igualdad, equidad, paridad, mesura, sensatez, estabilidad, etc.[66].

La nueva ley no respeta la noción que he hemos dado al término equilibrio (entendido como "contrapeso armónico de fuerzas") como lógica consecuencia de la reducción de miembros, el cambio en su composición y las mayorías previstas para las decisiones más importantes.

Así en la actualidad el partido gobernante al momento de la reforma al poseer mayoría en ambas Cámaras del Congreso, designa a cinco consejeros (a saber, dos diputados, dos senadores y el representante del Poder Ejecutivo nacional). Así, mientras el porcentaje que representan cinco Consejeros sobre un total de veinte miembros como eran antes de la reforma significaban el 25% del total, luego de ella el oficialismo al conseguir cinco miembros en un cuerpo de trece alcanza un porcentual cercano al 40% del total.

Si se tiene en cuenta que para decidir la acusación de un juez o aprobar las ternas de candidatos de jueces que se envían al Poder Ejecutivo, se requieren mayorías calificadas de dos tercios de los miembros presentes (conforme art. 3º, incisos 7 y 10, y art. 9º de la ley 26.080), es fácil concluir quién tendrá poder de veto para estas decisiones de real importancia en nuestro sistema. En efecto, en una sesión con todos los integrantes presentes, se necesitarán nueve votos para alcanzar las referidas mayorías y así poder ordenar el inicio del proceso de remoción o aprobar el concurso y remitir la terna al Ejecutivo. Por lo tanto, alcanzará con los cinco votos oficialistas para oponerse o bloquear decisiones que los ocho miembros restantes quieran adoptar, pues les faltará un voto para llegar a la mayoría requerida.

Es necesario aclarar, para que quede más palmariamente demostrada esta anómala circunstancia, que con la integración anterior de veinte miembros, esta posibilidad no existía. De allí la particular preocupación

debe ser 'periódico' sino permanente; si fuera periódico significaría que durante un lapso podría prevalecer la representación de los órganos políticos, en el siguiente la de los jueces, en el posterior la de los abogados, para recomenzar de nuevo. Tal supuesto equilibrio no sería equilibrio, porque en cada período habría predominancia de un sector sobre los otros..." (BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Manual de la constitución reformada*, t. III, Ediar, Buenos Aires, 1999, ps. 373/374).

(65) MIDÓN, MARIO, *Manual de derecho constitucional argentino*, t. I, La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 828.

(66) MIDÓN, MARIO A., *Proyecto desequilibrado*, LA LEY, 2006-A, 1276, ya citado en nota 29.

que genera esta situación, dado que se posibilita la subordinación de la Justicia al poder político de turno, quien se reserva el poder de decisión sobre su nombramiento o remoción, afectándose de esta manera la independencia de los jueces, baluarte del sistema republicano, adoptado por la Constitución en su art. 1º.

En síntesis, es el poder político quien tiene la posibilidad cierta de desechar a un concursante en un proceso de selección o de impedir la acusación de jueces "amigos al régimen". Todo ello, en triste desmedro de la independencia de los jueces, con cierta pérdida para todos los ciudadanos. Pero además, semejante solución se aparta del sentido y finalidad que persiguió el constituyente reformador del '94, en tanto se trataba de sustraer de la discrecionalidad del poder político decisiones relativas a la designación y a la remoción de los jueces. Pues bien, ahora con este nuevo diseño se retrotrae la situación *ex ante* la reforma constitucional y en abierta contradicción con el objetivo por ella perseguido en esta área. No olvidemos, asimismo que esta modificación estaba también destinada a la "atenuación del presidencialismo" junto a las restantes contempladas en el art. 2º de la ley 24.309, declarativa de la necesidad del reforma[67].

iii.2) La exclusión de un académico y del presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

En este punto, adquiere especial relieve la circunstancia de que el nuevo proyecto asigna sólo un representante académico, mientras que, como ya se ha dicho, el art. 114 CN establece que el Consejo va estar integrado "*...por otras personas del ámbito académico y científico, en el número y la forma que indique la ley*". En consecuencia, cabe sostener, en base a la letra de la Constitución —y siguiendo con la línea plasmada en la ley 24.939—, que la expresión *otras personas* supondría al menos más de un representante del ámbito académico y científico, en tanto la utilización del plural constituiría un signo inequívoco de la voluntad del constituyente sobre el particular.

Un problema diferente es el que se plantea con la exclusión por la nueva ley del anterior presidente del Consejo de la Magistratura, es decir, el Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El art. 114 CN habla claramente de que el CM estará integrado por jueces de todas las instancias. Y en este aspecto, la ley 26.080 excluye de la integración de este órgano al representante de una de las instancias judiciales, al representante de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que la anterior ley, se repite, colocaba en la figura de su presidente.

(67) B.O. 1993/12/31.

En este punto de evolución jurídica, ya nadie razonablemente podría argumentar que la Corte Suprema no es una instancia judicial porque interviene únicamente en situaciones extraordinarias. Podrá ser una instancia extraordinaria pero una instancia al fin que, conforme a la letra de la Constitución, amerita representación en el CM. Pero, si se obviara lo anterior y se continuara en la tesitura de que no es una instancia por ser extraordinaria, no se podrá sortear la siguiente barrera argumentativa: que dicha posición está obviando la existencia de una instancia originaria, en los términos del art. 117 CN, y de apelación ordinaria en la que la Corte Suprema actúa como tercera instancia. En consecuencia, debería integrarse a un miembro, por lo menos, de la Corte Suprema en la composición del CM[68].

Esto a su vez, como ya se ha visto con el funcionamiento que tuvo el Consejo con la vigencia de la ley anterior, resulta propicio en la medida que facilita la armonización de las facultades de la Corte con las del Consejo. Tarea por demás azarosa por la situación paradojal que significa que el Poder Judicial tenga a su cabeza a la Corte Suprema y al mismo tiempo el Consejo sea el encargado de la administración de ese poder.

iii.3) La posibilidad de rechazo de la terna por el Senado

Otro de los aspectos cuestionables desde el punto de vista constitucional y que llamativamente no generó un gran revuelo jurídico ni tampoco ocupó significativo espacio a nivel de discusión periodística, es el que se tratará a continuación. La ley 26.080 al modificar el art. 13 de la ley 24.937 establece que "*El rechazo por el Senado del pliego del candidato propuesto por el Poder Ejecutivo importará la convocatoria automática a un nuevo concurso para cubrir la vacante de que se trate*".

No puede negarse que en este punto la ley fuerza una interpretación contraria a la intención del constituyente que ha sido tratada con anterioridad, que apuntaba a una "despartidización"[69] en el proceso de designación de los magistrados, pues, al disponer la creación de un CM, tuvo en miras la selección de jueces en base al mérito y la idoneidad, y no en función de la discrecionalidad de las fuerzas políticas de turno. Afirmar

(68) BUSSI, RICARDO, *Ley 26.080. Consejo de la Magistratura*, ADLA, 2006-B, 2353.

(69) KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, *El Poder Judicial en la reforma constitucional*, en AA.VV., *Derecho Constitucional de la Reforma de 1994*, t. II, ob. cit., p. 237. Aclara además en tal trabajo la autora que "Ese *partidismo* tiene su origen no sólo en los partidos políticos. También la llamada *corporativización* del Poder Judicial u *oligarquía de la toga* es una enfermedad que ataca a todo el sistema liberal y democrático...". En igual sentido, se han pronunciado BIELSA, RAFAEL A. y LOZANO, LUIS F., *Independencia de los jueces y gobierno del Poder Judicial*, LA LEY, 1994-B, 1016.

lo contrario, sería sostener que la Constitución, al establecer en el art. 114 el carácter vinculante de la terna de candidatos, lo hizo sólo en relación al Poder Ejecutivo, pero no le imprimió idéntico carácter respecto del Senado de la Nación, lo cual sería un verdadero mamarracho jurídico, por no utilizar términos más propios del tristemente célebre juego político[70].

La interpretación correcta debería ser que el Senado, en el supuesto de rechazo en sesión pública de un pliego, abriría la puerta a un necesario y posterior análisis de otro candidato de la terna que oportunamente el Consejo remitió al Poder Ejecutivo. No obstante lo expuesto, Bidart Campos han aceptado esta posibilidad con el recaudo de que una ley lo previera en tal sentido, permitiendo el rechazo total de la terna por única vez —a lo sumo dos—. Pero, aclara el autor, en caso de ausencia de ley, sólo puede ser aceptada razonablemente la interpretación siguiente: el alcance de la vinculatoriedad no faculta a desechar íntegramente una terna[71].

A lo expuesto, merece agregarse que, en el supuesto de que el Senado rechazara un pliego y debiera iniciarse nuevamente el procedimiento de selección, retrotrayéndose etapas, se estaría desperdiciando un proceso de selección que, conforme estudios periodísticos, demora un promedio de un año en el Consejo y otro año adicional en el ámbito del Poder Ejecutivo[72].

iii.4) El plazo de caducidad de las denuncias contra los magistrados que implican sanciones disciplinarias

Asimismo, en forma similar a la cuestión anterior, tampoco llamó demasiado la atención de los juristas y de los medios periodísticos la introducción de un plazo de caducidad en las denuncias contra los jueces que llevan como pena una sanción disciplinaria. Cabe mencionar que el instituto de la caducidad, a diferencia del de prescripción, no imposibi-

(70) Incluso, cabe aquí traer a colación la circunstancia de que no ha faltado quien, al momento de la reforma de la Constitución federal de 1994, propuso que debería ser eliminada la participación del Senado, por tornar engorroso el acto y posibilitar que la idoneidad que se intenta proteger con el sistema se desvanezca ante las negociaciones políticas entre los órganos intervinientes. Ver SABSAY, DANIEL ALBERTO y ONAINDIA, JOSÉ MIGUEL, *La Constitución de los argentinos. Análisis y comentario de su texto luego de la reforma de 1994*, Errepar, Buenos Aires, 1994, p. 350. Mas, como señalan otros autores, esta participación ha sido celosamente conservada para evitar los riesgos de la que se ha llamado corporativización del Poder Judicial, ver KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, *El Poder Judicial en la reforma constitucional*, en AA.VV., *Derecho Constitucional de la Reforma de 1994*, ob. cit., p. 266.

(71) Cfr. BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional*, t. VI, ob. cit., p. 447.

(72) Ver, sobre los números estadísticos aportados, *La Nación*, ejemplar del día 16 de enero de 2006, nota titulada "Tardan dos años en reemplazar a un juez".

lita la formulación de una nueva denuncia por el mismo hecho, para así iniciar nuevamente la investigación por tales irregularidades[73].

El art. 3º de la ley 26.080, sustituyendo al art. 7º de la ley 24.937, dispone en su parte pertinente que "*...La decisión de abrir un proceso disciplinario no podrá extenderse por un plazo mayor de tres años contados a partir del momento en que se presente la denuncia contra el magistrado. Cumplido el plazo indicado sin haberse tratado el expediente por la comisión (se refiere a la Comisión de Disciplina y Acusación del Consejo), éste pasará al plenario para su inmediata consideración...*". De la letra del texto legal, no surge claramente que se trate de una caducidad y que sea posible volver a investigar al magistrado en cuestión. Si la intención del legislador fue registrar un supuesto de caducidad, de modo similar al caso de las denuncias que dan lugar a procesos de remoción, no queda claro el motivo que lo llevó a esta deficiente técnica legislativa, no estableciéndose expresamente dicha situación en la ley. De este modo, la norma quedó redactada en forma ambigua, generándose un amplísimo margen para eventuales planteos de los jueces que pretendan sortear las nuevas investigaciones, como se señalará más adelante.

Pero, antes, no debería obviarse que resulta bastante lejano a la realidad y a la práctica del derecho que un particular que oportunamente denunció a un juez, una vez transcurrido el plazo de tres años sin que se haya investigado y habiendo caducado en consecuencia su denuncia, vuelva a hacerlo. Por otro lado y saliendo del cuestionamiento de tinte sociológico recién expuesto, cabe señalar que nada va a obstar a que, dada la circunstancia antes narrada, no se pueda interpretar la inacción del CM como una desestimación implícita y por ende juzgar que la nueva denuncia implicaría el juzgamiento de un juez dos veces por el mismo hecho, aplicándose en consecuencia el principio *ne bis in idem*.

No modifica lo anterior, el hecho de que el artículo bajo examen establezca que si no lo tratara la Comisión de Disciplina y Acusación en el plazo de 3 años mencionado, el asunto pasaría al plenario para su inmediato tratamiento, dado que, según una interpretación literal de la norma, no se lo obliga a pronunciarse sobre el punto sino simplemente a poner el asunto en el orden del día para su consideración[74]. Tampo-

(73) LOUTAYF RANEA, ROBERTO G. y OVEJERO LÓPEZ, JULIO C., *Caducidad de la Instancia*, Astrea, Buenos Aires, 1991, ps. 462/463.

(74) Ello en el supuesto de que la previsión legal operara adecuadamente, lo que en nuestras latitudes es siempre una excepción. Pues si la Comisión de Disciplina y Acusación no lo trata, no se entiende quien será la instancia que lo eleve al plenario para su tratamiento, salvo que el plenario controle rigurosamente la labor de dicha Comisión, circunstancia que no ha ocurrido hasta la fecha sobre las actuales Comisiones de Disciplina y de Acusación.

co cambia la pesimista postura que se ha esgrimido, la publicidad que ahora deben tener los expedientes que tramiten por ante el Consejo de la Magistratura, especialmente los que se refieran a denuncias contra magistrados (art. 4º de la ley 26.080).

iv) Conclusiones

La reforma ha tenido lamentables consecuencias para la vida institucional de la República y es inconstitucional: el poder de veto, de ningún modo, se condice con la manda de equilibrio que prescribe la Constitución. En efecto, el hecho de que el sector político tenga la atribución de exigir su necesaria anuencia para cualquier designación de magistrados[75] o de poder bloquear la decisión de abrir un proceso de remoción contra cualquier juez, parece alejarse bastante del significado de "contrapeso armónico de fuerzas" que posee la palabra "equilibrio" de conformidad con lo comentado precedentemente.

Resulta incomprensible que el CM, con las trascendentales atribuciones asignadas a nivel del funcionamiento del Poder Judicial, no tenga entre sus miembros a un representante de la Corte Suprema. Tampoco es aceptable la reducción del número de miembros en la forma en que se lo ha hecho, sustentadas únicamente en la pretensión de hegemonía política en la designación y remoción de magistrados. Al respecto coincidimos con Gelli quien señala que: "Si lo que se quiere es reducir el número de integrantes del Consejo de la Magistratura para hacerlo más ágil y eficaz, debería disminuirse la representación de los legisladores, sobre todo de los senadores que tienen una segunda intervención en el proceso de selección de magistrados, al momento de examinar los pliegos del candidato propuesto por el Presidente de la Nación"[76].

Insistimos en la conveniencia de que no sean los legisladores quienes se incorporen al Consejo. Ello, con el sano objetivo de impedir que una persona se desempeñe al mismo tiempo en dos poderes del Estado. Máxime, cuando la intervención de los senadores se encuentra asegurada en el necesario acuerdo de la Cámara para el nombramiento de un magistrado federal. No parece entonces razonable exigir *ex ante* su participación en la elaboración de la terna y de más actos en los que interviene el Consejo.

---

(75) Más allá de que ya la tiene porque, a final de cuentas, la propuesta en terna vinculante que el plenario del Consejo eleve, deberá pasar por el filtro electivo del Poder Ejecutivo para luego requerir la necesaria aprobación con mayoría calificada del Senado.

(76) GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *El Consejo de la Magistratura a la palestra. Las razones, el método y la subjetividad política de su enmienda*, LA LEY, 2006-A, 1082.

La solución estaría en la designación por parte de las Cámaras del Congreso, o sólo de la de Diputados, de sus representantes, designación que, como ya dijimos, debería recaer en juristas de nota y seguir pasos previos similares los determinados en el decreto 222/03.

A las señaladas inconstitucionalidades en que incurre la ley se agregan otras que importan una clara violación al principio de igualdad ante la ley. Desigualdad que se advierte en materia de remoción de los integrantes del Consejo, ya que según de qué sector provengan, será diferente el procedimiento para su remoción. Así los políticos sólo podrán ser removidos por cada una de las Cámaras o por el Presidente de la Nación a propuesta del pleno del CM, previa recomendación tomada por las tres cuartas partes de los miembros totales del cuerpo (art. 3º, inc. 14) o bien podrán ser removidos por sus pares en el caso de que se trate de los representantes de los jueces, abogados de la matrícula federal y del ámbito académico y científico.

Respecto de las atribuciones del plenario se introdujo una llamativa modificación en materia de remoción de los miembros del Consejo, ya que la nueva ley excluye a los representantes políticos del alcance de la remoción por dicho organismo. Se requiere la decisión del pleno del Consejo tomada con el voto de las tres cuartas partes de los miembros totales, mayoría prácticamente imposible de obtener y con ella su posterior remoción por sus respectivos órganos políticos.

La ley también disminuye la potestad de administración del Poder Judicial en abierta contradicción con el segundo objetivo de la reforma constitucional por el que se persiguió que se le sustrajera a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores el manejo de cuestiones de superintendencia lo que les posibilitaría concentrarse en el dictado de sentencias. En tal sentido el art. 114 es claro al conferirle al CM el manejo de los recursos, la potestad disciplinaria y el dictado de reglamentos relativos a la gestión judicial. Sin embargo, la ley 24.937 no fue suficientemente eficaz en el deslinde de facultades entre la CS y el CM, cuestión que se trató de subsanar con el dictado de Acordadas de la Corte Suprema. La ley 26.080 pareciera volver a la lógica existente antes de la reforma constitucional, en abierta oposición al texto constitucional, al quitarle al CM aspectos fundamentales para el gobierno y administración del Poder Judicial. Ello, dado que elimina varias de las facultades que en materia de administración le concedía al CM la ley 24.937.

Le reconocemos dos aspectos positivos a la ley de reforma, independientemente de su inconstitucionalidad por los motivos antes expuestos. Ellos son, la mayor alternancia de los integrantes del Consejo que resulta de haberse establecido que cumplido el período —que sigue siendo de cuatro años—, los consejeros podrán ser reelectos con un intervalo de

un período mediante (art. 3° de la ley 24.937 según ley 26.080). La alternancia en los altos cargos del organismo tiene un gran valor democrático que debe destacarse, más aún cuando el período de ocho años consecutivos autorizado por la ley 24.937, bien puede llevar a la dependencia o al agradecimiento por parte de los magistrados respecto a sus proponentes[77].

En segundo término, la inclusión en la nueva ley de la publicidad de todos los expedientes (art. 4° de la ley 26.080), y especialmente de los que se refieran a denuncias efectuadas contra magistrados, sin perjuicio de mantener la publicidad de las sesiones plenarias del organismo y de introducir la publicidad de las reuniones de las Comisiones (art. 12 de la ley 24.937 según ley 26.080).

En suma, se impone una reformulación de la ley reglamentaria del CM, ya que la vigente como se ha visto, al retrotraer los procesos de designación y de destitución de jueces a la situación anterior a la reforma constitucional, no cumple con la razón de ser de la nueva institución. Asimismo, las disposiciones que se elaboren deberán buscar soluciones superadoras, capaces de obtener la mejor convivencia entre la Corte Suprema y el CM, comenzando por la reincorporación de un miembro de la primera en su composición. También debería trabajarse en la creación de una Escuela de la Magistratura que constituya una institución de enseñanza superior para la formación y el perfeccionamiento de jueces. Sin olvidar todas las demás enmiendas destinadas a terminar con el estado de cosas que hoy hace que el CM se haya transformado en un verdadero instrumento a favor del poder político de turno, en detrimento de la independencia de la Justicia. Se trata de volver a la Constitución en una materia tan fundamental del Estado de Derecho y así conseguir que el propósito de *afianzar la justicia* que contempla su preámbulo se haga realidad en la Argentina.

5. La remoción de los magistrados. El Jurado de Enjuiciamiento

En los acápites anteriores nos hemos ocupado de manera conjunta del CM y del JE, poniendo nuestra mirada en particular sobre el primero de estos órganos. Así lo hicimos en razón de que su creación se debió a razones similares, a lo que se agrega el funcionamiento interrelacionado que existe entre los dos entes. En este punto desarrollaremos algunos aspectos particulares propios del JE. El fenómeno de politización que caracterizó al proceso de designación de jueces antes de la reforma constitucional del 94, al que hemos hecho referencia también se presentaba en relación con su remoción. Pese a que muchos jueces habían incurrido en "mal desempeño" o en la presunta comisión de delitos, hasta 1998 —año en el que comenzó a funcionar el Consejo— sólo se acusaron 27 magistrados, de los cuales 19 fueron destituidos, número que incluye a los 3 jueces de la Corte Suprema destituidos en 1946 bajo circunstancias peligrosamente cercanas al escándalo jurídico[78].

Era entonces evidente que el sistema de remoción previsto en la Constitución con la Cámara de Diputados como Sala Acusadora y la Cámara de Senadores como Sala Juzgadora, no funcionaba de manera adecuada. El principal motivo reposaba en la falta de voluntad de los partidos políticos para llevar a cabo la destitución de jueces, cuya designación ellos mismos habían impulsado. Así las cosas, el sistema resultaba inclusive muy perjudicial para la actuación independiente de los jueces, como consecuencia de las presiones de que podían ser objeto a través de procesos que eran impulsados desde un cuerpo exclusivamente político. Dada la ineficacia demostrada por el sistema de juicio político para la remoción de los magistrados cuya buena conducta se encuentra comprometida, la adopción de un sistema específico puede resultar idóneo para resolver tan trascendente problema que afecta la credibilidad del órgano judicial. Así puede afirmarse que el CM y el JE, se incorporaron con el propósito de sustraer lo máximo posible del ámbito de la política la designación y la remoción de los magistrados.

Luego de la reforma del 94 la remoción de los magistrados federales ha sufrido modificaciones. Al respecto, se efectúa la misma distinción que para la designación, entre miembros de la Corte Suprema y miembros de los tribunales inferiores, para cuya remoción se decide la creación de un JE. El art. 115 de la CN se ocupa del JE, quedando en manos del Congreso su posterior reglamentación por medio de una de las denominadas "leyes constitucionales", en razón de la materia y del agravamiento de la mayoría necesaria para su sanción. La necesidad de encontrar un instituto diferente para la remoción de los magistrados encuentra su principal razón de ser, como ya se ha visto, en el pobre desempeño del Congreso en el ejercicio de dicha función. Esto lleva a la creación de un órgano específico de conformidad con los antecedentes de nuestro país durante los períodos *de facto*, como así también del derecho público de varias de nuestras provincias.

(77) LIBERATORI, ELENA A., *Aspectos positivos de la ley 26.080 de reforma del Consejo de la Magistratura de la Nación*, LA LEY, 2006-C, 1447.

(78) Consultar PELLET LASTRA, ARTURO, *Historia política de la Corte (1930-1990)*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, ps. 97/134. PALACIOS, ALFREDO, *La Corte Suprema ante el Tribunal del Senado*, Jus, Buenos Aires, 1947. Palacios fue abogado defensor del ministro Antonio Sagarna.

Por ello se suprime a los jueces de los tribunales inferiores de entre los funcionarios que pueden ser objeto de juicio político conforme a lo previsto en el art. 53 CN. Quedan en cambio intactas las disposiciones relativas a la remoción de los miembros de la Corte Suprema. Así, el procedimiento de enjuiciamiento y remoción de los primeros, jueces de primera instancia y miembros de las Cámaras de apelación tanto federales como nacionales, queda sujeto a las reglas que impone el art. 115 CN.

a) El art. 115 de la Constitución Nacional. Leyes 24.937 y 26.080

El art. 115 mantiene las causales de destitución del art. 53 CN y modifica el órgano encargado de hacerlo que en adelante será el JE. En cuanto a su composición establece que deberá estar integrado por legisladores, magistrados y abogados de la matrícula federal, dejando en la ley la determinación del número de cada uno de estos sectores. La ley 24.937 consideró que el JE debía ser un órgano permanente de 9 integrantes, 3 por cada uno de los sectores (un juez de la Corte Suprema, dos miembros de tribunales inferiores, dos senadores, un diputado y tres abogados). De resultas de esta composición contaba con sólo un tercio de representantes del sector político. La ley 26.080 elevó notablemente esta representación al tornarla mayoritaria. En efecto, ahora está integrado por dos jueces (uno del fuero federal del interior y otro de la Capital Federal), cuatro legisladores (dos por cada Cámara) y un abogado de la matrícula, elegidos semestralmente por sorteo público, entre las listas de cada categoría. No se trata de un organismo permanente como en la ley anterior, sino *ad hoc*, pues está previsto su desempeño ante la convocatoria del Plenario del Consejo de la Magistratura luego de la acusación de la que hubiere sido objeto un magistrado. Estos cargos tienen la duración que insuma el trámite de juzgamiento del magistrado para el cual se lo ha constituido. El desempeño de esta función es una carga pública y sólo se puede ser miembro de este organismo en una oportunidad. En el caso de los jueces y de los legisladores la ley contempla que sólo pueden volver a ser miembros cuando ya se hubieren desempeñado todos sus pares.

La reforma presenta algunos aspectos positivos como son el carácter no permanente del cuerpo, la gratuidad de la función, la alternancia de sus miembros en la medida que pueden integrarlo en una única oportunidad. Pero importa un peligroso salto hacia atrás en tanto y cuanto el juzgamiento de los magistrados es un decisión que queda prácticamente en manos de los legisladores, quienes como se ha visto tienen una mayoría aplastante de miembros del JE. Insistimos al igual que como hemos sostenido respecto del CM que estamos ante una seria contradicción con las razones que sustentaron a la reforma constitucional en este campo que recordemos perseguían la despolitización del sistema en su conjunto, es decir sustraerlo lo máximo posible de la decisión de los representantes de los órganos surgidos del sufragio.

Ahora, a través de un mecanismo diferente, los riesgos de caer en las mismas falencias subsisten. Es importante tener en cuenta que el sistema previsto para la remoción es bicéfalo. Se funda en un primer paso a cargo del Consejo que acusa y luego en la segunda etapa interviene el Jurado a quien le compete juzgar. Pues bien, en la primera etapa el sector político es también mayoritario, con una presencia del oficialismo que como se ha visto le confiere un verdadero poder de veto en la materia.

La remoción de sus miembros se produce conforme a igual criterio que para el Consejo, es decir los representantes políticos sólo pueden ser removidos por sus respectivos poderes. Los jueces y el abogado de la matrícula federal son removidos por el voto de las tres cuartas partes del total del cuerpo, por las causales de mal desempeño o la comisión de un delito en el ejercicio de sus funciones. Mientras que los legisladores son removidos por las respectivas Cámaras, previa recomendación de las tres cuartas partes del total de sus miembros.

El CM funciona en plenario, en comisión y a través de su secretaría y otros órganos auxiliares. Modalidad que al no haberse modificado continúa vigente. En lo relativo a sus funciones como acusador ante el Jurado de Enjuiciamiento, se mantiene la de decidir la apertura del procedimiento de remoción y ordenar en su caso la suspensión del magistrado para lo cual ambas normas legales exigen una mayoría de los dos tercios de miembros presentes.

Se suprimió la facultad o atribución de la Comisión de Acusación para proponer la remoción de magistrados al plenario del CM, quedando limitada la acusación a los tribunales superiores, quienes son los únicos que pueden elevar la denuncia ante el Consejo de la Magistratura.

La ley 26.080 limitó el plazo para la apertura del procedimiento de remoción. Al respecto, estableció que si transcurriere el plazo de tres años desde la denuncia, sin que se hubiere tratado el expediente en comisión, pasará al plenario para su inmediata consideración. Idéntico límite al fijado en el proceso de aplicación de sanciones a los magistrados.

En lo relativo a la sustanciación del proceso, Corcuera[79] recuerda que "el procedimiento[80] ante el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados es oral y público, debiendo asegurarse en todo momento el derecho de defensa del acusado, aspecto que adquiere especial relevancia en orden a la posterior revisión judicial. El carácter público es "indispensable,

(79) CORCUERA, SANTIAGO H., *El Jurado de Enjuiciamiento*, en: SABSAY (Dir.), MANILI (coord.), *Constitución de la Nación Argentina*, t. 4, Hammurabi, Buenos Aires, 2010, ps. 537/61.

(80) Artículos 25 y ss.

ya que es el procedimiento republicano por excelencia y garantía efectiva para el acusado; asistiendo al pueblo derecho a enterarse de circunstancias decisivas en el orden institucional"[81]. Los miembros de Jurado pueden excusarse y ser recusados por las causales previstas en el Código Procesal Penal de la Nación".

El proceso comienza con una acusación que es realizada por el Plenario del CM, a la que antecede el dictamen de la Comisión de Disciplina y Acusación. Más adelante Corcuera expresa que: "De esa presentación, se corre traslado al juez por el término de diez días y luego se abre la causa a prueba por treinta días. Concluida la etapa probatoria, se producen los alegatos orales, exponiendo en primer lugar el representante del Consejo de la Magistratura y luego el acusado. Producidos éstos, el Jurado se reúne para deliberar debiendo resolver en un plazo no superior a veinte días. El fallo que decida la destitución debe emitirse con el voto de las dos terceras partes de sus miembros y ser fundado".

Bibliografía

- Benet, Armando, *Sistema de designación de los jueces en el derecho argentino y comparado*, LA LEY, 1991-A, 831.
- Bercholc, Jorge O., *El rol institucional de la CSJN*, en: Sabsay, D. (Dir.) y Manili, P. (coord.), *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Hammurabi, Buenos Aires (de próxima aparición).
- Bergallo, Paola, *¿Un techo de Cristal en el Poder Judicial? La selección de los jueces federales y nacionales en Buenos Aires*, en *Más allá del Derecho: justicia y género en América Latina*, Cabal, Luisa y Motta, Cristina —comp.—, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2006.
- Bianchi, Alberto B., *El Consejo de la Magistratura*, LA LEY, 1994-E, 1275.
- Bidart Campos, Germán, *La Corte Suprema, Tribunal de Garantías Constitucionales*, Ediar, Buenos Aires, 1984.
- Bidart Campos, Germán J., *Manual de la constitución reformada*, t. III, Ediar, Buenos Aires, 1999.
- Bidart Campos, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional*, t. VI: *La reforma constitucional de 1994*, Ediar, Buenos Aires, 1995.

(81) Linares Quintana, Segundo, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional argentino y comparado*, cit., p. 468.

- Bielsa, Rafael A. y Lozano, Luis F., *Independencia de los jueces y gobierno del Poder Judicial*, LA LEY, 1994-B, 1016.
- Bielsa, Rafael A. y Lozano, Luis F., *Las atribuciones del Consejo de la Magistratura (Extensión y límites)*, LA LEY, 1994-E, 1107.
- Bussi, Ricardo, *Ley 26.080. Consejo de la Magistratura*, ADLA, 2006-B, 2353.
- Corcuera, Santiago H., *El Jurado de Enjuiciamiento*, en: Sabsay (Dir.), Manili (coord.), *Constitución de la Nación Argentina*, t. 4, Hammurabi, Buenos Aires.
- Craviotto, Eduardo, *El Consejo de la Magistratura (¿Consecuencia de la crisis de administración de justicia?)*, LA LEY, 1995-A, 839.
- García Lema, Alberto Manuel, *La reforma por dentro. La difícil construcción del consenso constitucional*, Ed. Planeta, Buenos Aires, 1994.
- Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno*, Ariel, Barcelona, 1996.
- Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, La Ley, Buenos Aires, 2005.
- Gelli, María Angélica, *El Consejo de la Magistratura a la palestra. Las razones, el método y la subjetividad política de su enmienda*, LA LEY, 2006-A, 1082.
- Gentile, Jorge Horacio, *La Justicia en la Constitución Reformada*, LA LEY, 1994-E, 1150.
- Kemelmajer de Carlucci, Aída, *El Poder Judicial en la reforma constitucional*, en AA.VV., *Derecho Constitucional de la Reforma de 1994*, t. II, Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos, distribuido por Ed. Depalma, Mendoza, 1995.
- Liberatori, Elena A., *Aspectos positivos de la ley 26.080 de reforma del Consejo de la Magistratura de la Nación*, LA LEY, 2006-C, 1447.
- Linares Quintana, Segundo, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional argentino y comparado*, Buenos Aires.
- Loutayf Ranea, Roberto G. y Ovejero López, Julio C., *Caducidad de la Instancia*, Astrea, Buenos Aires, 1991.
- Midón, Mario A., *Manual de Derecho Constitucional Argentino*, La Ley, Buenos Aires, 2004.
- Midón, Mario A., *Proyecto desequilibrado*, LA LEY, 2006-A, 1276.
- Palacios, Alfredo, *La Corte Suprema ante el Tribunal del Senado*, Jus, Buenos Aires, 1947.

- PELLET LASTRA, ARTURO, *Historia política de la Corte (1930-1990)*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001.
- QUIROGA LAVIÉ, HUMBERTO, *Constitución de la Nación Argentina comentada*, 4ª ed., Zavalía, Buenos Aires, 2007.
- QUIROGA LAVIÉ, HUMBERTO, *La nueva justicia: el Consejo de la Magistratura*, en AA.VV., *Interpretando la Constitución*, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995.
- SABSAY, DANIEL ALBERTO y ONAINDIA, JOSÉ MIGUEL, *La Constitución de los argentinos. Análisis y comentario de su texto luego de la reforma de 1994*, Errepar, Buenos Aires, 2000.
- SABSAY, DANIEL y SABSAY, KEVIN, *Sobre el Consejo de la Magistratura de la Nación y su Reforma*, LA LEY, 2009-F, 896.
- SAGÜÉS, NÉSTOR, *El Consejo de la Magistratura y su inserción en el régimen de reclutamiento de jueces*, JA, 1989-IV-890.
- SAGÜÉS, NÉSTOR, *El Consejo de la Magistratura*, ED, 113-851.
- SANTIAGO (h.), ALFONSO, *Grandezas y miserias en la vida judicial. El mal desempeño*, El Derecho, Buenos Aires, 2003.
- SPOTA, ALBERTO ANTONIO, *Designación y remoción de magistrados. Precisiones en torno al Consejo de la Magistratura*, en Asociación Argentina de Derecho Constitucional, *Comentarios a la Constitución*, Ed. de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Buenos Aires, 1995.
- VACCARI, HORACIO, *El Poder Judicial en la reforma de la Constitución*, ED, 157-743.
- VENTURA, ADRIÁN, *Consejo de la Magistratura. Jurado de Enjuiciamiento*, Depalma, Buenos Aires, 1998.
- VERBITSKY, HORACIO, *Hacer la Corte. La construcción de un poder absoluto sin justicia ni control*, Ed. Planeta-Espejo de la Argentina, Buenos Aires, 1993.

CAPÍTULO XIX

PODER JUDICIAL

SEGUNDA PARTE

SUMARIO: 1. Competencia de la justicia federal. a) Nociones generales. b) Distribución de la competencia federal. i) Competencia federal en razón de la materia. ii) Competencia federal en razón de las personas. iii) Competencia federal en razón del territorio. c) Concepto de "caso" o causa sujeta al conocimiento de la justicia. d) Aplicación del derecho común. i) Omisión de mencionar a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. ii) Atribución de naturaleza federal a normas de derecho común.— 2. Competencia de la Corte Suprema de Justicia. a) Nociones generales. b) Competencia por apelación. i) Competencia apelada ordinaria. ii) El Recurso Extraordinario Federal. iii) Acordada 4/2007. iv) Certiorari. c) Competencia originaria y exclusiva. i) Casos en que una provincia es parte. ii) Casos concernientes a embajadores y otros agentes diplomáticos.— 3. Ministerio Público. a) Concepto - Ubicación. b) Función y actuación. c) Composición. d) Designación y remoción de sus integrantes. e) Inmunidades. f) Autarquía financiera.— Bibliografía.

1. COMPETENCIA DE LA JUSTICIA FEDERAL

a) Nociones generales

Según la conocida definición de Hugo Alsina[1], la jurisdicción federal es la facultad conferida al Poder Judicial de la Nación para administrar justicia en los casos, sobre las personas y en los lugares especialmente determinados por la Constitución. La jurisdicción federal está a cargo de tribunales de justicia, que integran el Poder Judicial federal y se distribuyen en todo el territorio de la Nación.

Las atribuciones conferidas por el constituyente al Poder Judicial se encuentran expresamente definidas en los arts. 116 y 117 de la Ley Suprema. Y esto es así por una doble orden de razones. La primera de ellas

(1) ALSINA, HUGO, *Tratadö Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Ediar, Buenos Aires, 1963.

es que en todo gobierno emanado de la soberanía popular, las competencias atribuidas a los órganos que lo integran deben estar establecidas en el pacto fundacional que les da origen y, en nuestro caso, las leyes del Congreso que las complementan. La segunda, obedece a la forma federal de Estado adoptada por nuestra Constitución, conforme la cual, los poderes del gobierno central les han sido delegados por las Provincias de manera expresa y limitada, mientras que los poderes que los Estados locales se reservaron son originarios e indeterminados. Por lo tanto, la justicia federal es de carácter excepcional, limitada a los casos expresamente previstos por la Ley Fundamental y las leyes del Congreso, que son de interpretación restrictiva y, además, no pueden exceder el límite constitucional impuesto por el art. 75 inciso 12.

En función de lo dicho, todos los otros casos que excedan los intereses federales que exclusivamente ha querido resguardar el constituyente, habrán de corresponder a la justicia ordinaria, ya sea de las provincias o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, conforme lo dispuesto por los arts. 5°, 116, 121 y 129 de la Constitución.

b) Distribución de la competencia federal

La distribución de la competencia de los tribunales federales responde a tres criterios de atribución; en razón de la materia, de las personas y del lugar.

Dice el art. 116 de la Constitución: "*Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inc. 12 del art. 75; y por los tratados con las naciones extranjeras; de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros; de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima; de los asuntos en que la Nación sea parte; de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero*".

A continuación, el art. 117 establece: "*En estos casos la Corte Suprema ejercerá su jurisdicción por apelación según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso; pero en todos los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y en los que alguna provincia fuese parte, la ejercerá originaria y exclusivamente*".

Como podemos observar, el catálogo de las competencias constitucionales de la justicia federal se encuentra en la primera de las cláusulas transcriptas. La segunda de ellas enuncia un reducido número de casos

que corresponden a la competencia originaria y exclusiva de la Corte Suprema y habilita al Congreso para reglamentar la competencia apelada del Tribunal.

La atribución reglamentaria del Congreso en este ámbito se sustenta en dos disposiciones constitucionales, el art. 75, inc. 32, que le confiere al órgano legislativo la atribución de hacer todas las leyes y reglamentos que estime convenientes para poner en ejercicio los poderes públicos, y el art. 117, que lo faculta para establecer las reglas y excepciones para el ejercicio de la competencia apelada de la Corte Suprema. Mediante estas atribuciones se establece una de las tantas relaciones de cooperación entre el Poder Legislativo y los otros poderes. En palabras del Tribunal, esa es la índole de la relación que se instituye en el texto constitucional y "en modo alguno, de interferencia, dificultad o impedimento del ejercicio de los otros poderes. Cooperar es posibilitar o facilitar el ejercicio de otro poder, o sea, precisamente el antónimo de obstaculizarlo y menos aun impedirlo"[2].

A continuación, examinaremos someramente las disposiciones constitucionales que establecen el deslinde de las competencias de la justicia federal y las leyes reglamentarias que las complementan. Destacamos, por su especial significación, a las antiguas leyes 27[3], 48[4] y 4055[5], referidas a la organización del Poder Judicial y al ámbito de su jurisdicción, así como también el decreto-ley 1285/58, normas estas que aún hoy siguen vigentes con sus modificatorias.

i) Competencia federal en razón de la materia

La competencia federal en razón de la materia responde, según lo ha expresado la Corte Suprema en numerosos precedentes, al propósito de afirmar las atribuciones del gobierno federal en las causas relacionadas con la Constitución, tratados y leyes nacionales, así como las concernientes a almirantazgo y jurisdicción marítima[6].

El presupuesto necesario para que surja dicha competencia, en la primera de las hipótesis mencionadas, consiste en que el derecho que sustente la pretensión esté directamente fundado en un artículo de la Constitución, de una ley federal o de un tratado. Este criterio ha sido en-

---

(2) CSJN, "Itzcovich, Mabel c. Administración Nacional de la Seguridad Social", Fallos: 328:366; LA LEY, 2005-F, 362.
(3) ADLA, 1852-1880, 354.
(4) ADLA, 1852-1880, 364.
(5) ADLA, 1889-1919, 533.
(6) CSJN, "Orfeo Maggio", 1995/11/23, Fallos: 318:2457, entre otros.

fatizado por el Máximo Tribunal desde sus más antiguos precedentes, al subrayar que la causa debe estar regida *especialmente* "por la Constitución nacional, las leyes que hayan sancionado y sancionare el Congreso y los tratados públicos con naciones extranjeras", conforme la definición contenida en el art. 2°, inc. 1, de la ley 48.

En este orden de ideas, conviene señalar que las garantías establecidas por la Ley Fundamental para asegurar la vigencia de los derechos fundamentales no desplazan la competencia de la justicia local, ya que deben respetarse y hacerse efectivas por ambos Gobiernos Nacional y Provincial, con entera independencia[7]. Esta interpretación reconoce su fundamento en nuestro régimen federal que exige el adecuado respeto de las autonomías provinciales y en la obligación tanto del gobierno central como de los gobiernos locales de tutelar los derechos de sus habitantes.

En el mismo sentido cabe mencionar la regla, según la cual, "los artículos constitucionales que declaran la inviolabilidad de las personas, del domicilio y de la propiedad, no deben interpretarse de manera que venga a quedar por ellos suprimida la jurisdicción criminal de los tribunales de provincia, como sucedería si el castigo de todo atentado contra esos derechos correspondiera a la justicia nacional; pues es un principio que las Provincias conservan, después de la adopción de la Constitución General, todos los poderes que antes tenían y con la misma extensión, a menos de contenerse en aquel código alguna expresa disposición que restrinja o prohíba su ejercicio[8]".

Actualmente, estas pautas se han fortalecido debido al avance producido en materia de protección de los derechos humanos. Así, en jurisprudencia reciente la Corte ha ratificado su tradicional doctrina, dejando establecido que la protección judicial de los derechos humanos es un cometido que compete a las provincias y al Gobierno Federal en sus respectivas jurisdicciones de manera concurrente y no exclusivamente a este último[9].

Ahora bien, cuando la solución de la causa requiera *especialmente* de la interpretación y la aplicación de normas federales, la competencia federal surge *ratione materiae* y es improrrogable, privativa y excluyente de la jurisdicción de los jueces locales, *sin que el consentimiento ni el silencio de las partes sean hábiles para derogar esos principios*[10].

(7) Caso "Rea, Tomás", remisión de la Corte Suprema y del Procurador General a los fundamentos del juez de sección, Fallos: 21:73. Se trataba de un pedido de hábeas corpus en el cual el Tribunal resolvió la incompetencia de los tribunales nacionales para mandar poner en libertad a quien no se halla preso ni detenido por autoridad nacional, ni a disposición de ésta.

(8) CSJN, "Blanco, Julio E. c. Nazar, Laureano", 1864/05/19, Fallos: 1:170.

(9) CSJN, "Lavados Bello, Iris Doemi y otra c. Provincia del Chubut", 2008/12/16, Fallos: 331:2777; LA LEY, 2009-A, 431.

Cabe advertir, sin embargo, que ello es así siempre que la cuestión exceda los intereses de índole local, esto es, la materia federal debe ser esencial para resolver el conflicto, pues, de lo contrario serán los jueces de cada provincia o de la Ciudad de Buenos Aires, en su caso, los que deban pronunciarse sobre las cuestiones en debate, sin perjuicio de la intervención de la Corte Nacional por la vía del recurso extraordinario, como último resorte, para asegurar la supremacía del derecho federal.

Con relación a las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima, el propósito perseguido por el constituyente ha sido el de poner bajo el control de la Nación el tráfico de cualquier clase y objeto que se realice en aguas que se hallan abiertas a todas las banderas del mundo.

Tratándose de aguas interjurisdiccionales, la competencia especial se extiende a la navegación fluvial[11]. En este aspecto, el criterio de atribución de competencia guarda estrecha relación con la que surge por razón del lugar.

La expresión almirantazgo, que tiene su origen en el derecho inglés, hace referencia a las situaciones que se producen en el mar, fuera de las líneas de alta y baja marea[12].

Según el derecho judicial, "...son causas de almirantazgo y jurisdicción marítima, todas las que conciernen a la navegación de buques y sus

(10) CSJN, "La Soledad S.R.L. c. Trasnoa S.A.", 2007/03/06, Fallos: 330:628; La Ley Online.

(11) Ver CSJN, "Lanchas 'Graciela' y 'Sea View'", Fallos: 303:1906.

(12) En el caso "A.S.T.A.R.S.A. c. C.O.N.I.C.E.T.", 1986/11/13, Fallos: 308:2164, La Ley Online, la Corte se refirió al art. 3°, sección II-1 de la Constitución de los Estados Unidos que es la la fuente de esta competencia federal, y, al respecto citó la interpretación de Store: el supuesto "abraza dos grandes clases de casos; una dependiente de la localidad y la otra de la naturaleza del contrato. La primera se refiere a actos o agravios ejecutados en alta mar, donde todas las naciones reclaman un derecho común y una común jurisdicción, o actos o daños ejecutados en las costas del mar; o más aún, actos y daños ejecutados dentro de la creciente y menguante de la marea. La segunda, se refiere a contratos, reclamaciones y servicios puramente marítimos, y a los derechos y deberes relativos al comercio y la navegación. La primera es aún divisible en dos grandes ramas, una que abraza las capturas y las cuestiones de presas que emanan jure belli; la otra que comprende actos, agravios y perjuicios, estrictamente de competencia civil, independientes de operaciones de beligerantes" (STORY, J., *Poder Judicial en los Estados Unidos de América. Su organización y atribuciones*, trad. J. M. Cantilo, Buenos Aires, 1863, ps. 118/119).

tripulantes, a los fletamentos y contrato de pasaje, a los seguros marítimos, a los naufragios y averías, a los privilegios marítimos, etc..."[13].

También se encuentran comprendidas dentro de esta categoría las causas derivadas del tráfico aeronáutico que están reguladas por el código respectivo[14].

ii) Competencia federal en razón de las personas

La cuestión federal en razón de las partes intervinientes en la causa tiene por finalidad esencial "asegurar la imparcialidad de la decisión, la armonía nacional y las buenas relaciones con los países extranjeros"[15]. Su institución consagra un privilegio a favor de las personas aforadas, que, como tal, es renunciable. Por lo tanto, teniendo en cuenta las excepciones establecidas por el art. 12 de la ley 48, la competencia federal *ratione personae* es prorrogable a favor de los tribunales provinciales o locales.

El Máximo Tribunal de la República ha definido el fundamento y la extensión del fuero federal por razón de personas en un antiguo fallo, en el cual sostuvo que su creación *"responde a los más altos propósitos de la paz pública, evitando reclamaciones y conflictos internacionales; al mismo tiempo que afianza el crédito público y privado en las relaciones de comercio con las potencias extranjeras y sus habitantes, no puede desaparecer, sino en los casos de excepción expresamente establecidos en la Constitución Nacional y leyes de la materia"*[16].

Según la enumeración formulada por el art. 116 CN, corresponden a la justicia federal en razón de las personas:

- Los asuntos en que la Nación es parte.

(13) Enunciación formulada por la Corte en "La Inmobiliaria Cía. de Seg. c. Prov. de Corrientes" en JA, 60-19, citado por la Cámara 1ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala II, en "Consorcio Portuario Regional de Mar del Plata c. Antarpply S.A.", 2003/12/16, LLBA, 2004-433.

(14) En el caso "Descalzo, Nicolás L.", 2005/10/25, Fallos: 328:3825, LA LEY, 2006-A, 524, la Corte sostuvo: "...el inciso 1° del artículo 3° de la ley 48 y el inciso a) del artículo 1° del Código Procesal Penal, en cuanto se refieren a los delitos cometidos en alta mar, captan, en este aspecto y en cuanto pueden ser aplicables al espacio aéreo, los conceptos de almirantazgo y jurisdicción marítima y, por ende, son reglamentarios del artículo 116 de la Constitución Nacional".

(15) Ver "Angellini S.A., Domingo c. Instituto Fluvioportuario Provincial", 1996/07/11, LA LEY, 1996-E, 611.

(16) CSJN, "Varios Comerciantes Extranjeros c. Samuel Palacios y Cía.", 1885, Fallos: 28:78.

- Las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros.
- Las causas que se susciten entre dos o más provincias.
- Las causas que se susciten entre una provincia y los vecinos de otra.
- Las causas entre los vecinos de diferentes provincias.
- Las causas entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero.

En lo atinente al primer supuesto, la norma se refiere a *los asuntos en que la Nación es parte,* sin hacer distinciones en que lo sea en calidad de parte actora o de parte demandada[17]. La prerrogativa al fuero de excepción se extiende a las entidades autárquicas o descentralizadas del Estado Nacional, ello por aplicación del "principio de que ante la presencia de un interés nacional corresponde, en términos generales, la competencia de la justicia nacional"[18]. Del mismo modo, surge la competencia federal *ratione personae* en caso de que el Estado o las referidas entidades intervengan en el juicio en calidad de terceros.

Luego, el artículo constitucional menciona a los embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros. Sin embargo, la legislación y la jurisprudencia de la Corte Suprema han extendido la prerrogativa del fuero federal a otros agentes. El art. 2°, inciso 3° de la ley de jurisdicción establece que conocerá la justicia federal en primera instancia de las causas que versen sobre negocios particulares de un cónsul o vicecónsul extranjero. La jurisprudencia, a su vez, ha interpretado de manera amplia este artículo incluyendo a los cónsules honorarios, y sin que obste a dicho privilegio la nacionalidad argentina del agente[19].

(17) En una primera época, la Corte Federal sostuvo que el art. 100 de la Constitución —actual 116— sólo se refería a los casos en que la Nación interviniera en el pleito como parte actora, con fundamento en la doctrina sentada por la Suprema Corte de los Estados Unidos, la cual, al interpretar el art. 3° de la sección segunda de la Constitución de Filadelfia —base del referido artículo—, sostuvo que el Poder Ejecutivo, quien es titular de la soberanía en su esfera, no puede ser arrastrado ante los tribunales de otro fuero sin su expreso consentimiento (ver casos "Seste y seguich c. La Nación", Fallos: 1:317 y "Gómez c. La Nación", Fallos 2:36). Ampliar sobre el tema en MERTIHIKIAN, EDUARDO, *La Responsabilidad pública - Análisis de la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema*, Ed. Abaco de Rodolfo Depalma. También MUÑOZ, GUILLERMO ANDRÉS, *El reclamo administrativo previo*, LA LEY, 1988-A, 1048.

(18) CSJN, "Caja Nacional de Ahorro Postal c. Lorenzo Ramasco y otros", Fallos 288:186.

(19) CSJN, "Dattoli, Héctor R. y otro", 2004/12/02, Fallos: 327:5474; La Ley Online.

Las otras causas en las que interviene personal diplomático por razón de sus funciones corresponden a la competencia originaria de la Corte Suprema y las veremos en el último apartado de este capítulo.

La competencia federal en razón de las personas abarca, asimismo, los denominados fueros de vecindad y de extranjería. El art. 116 menciona a las causas entre vecinos de diferentes provincias. A su vez, en su enunciado del art. 2°, inciso 2°, la ley 48 refiere a las causas civiles en que sean partes un vecino de la provincia en que se suscite el pleito y un vecino de otra, o en que sean parte un ciudadano argentino y un extranjero. El requisito de que la causa sea civil responde a que el privilegio al fuero federal cede ante la primacía que debe otorgarse a las autonomías provinciales.

La Corte ha determinado que en cualquiera de los dos supuestos, la competencia de los tribunales federales *tiene por objeto el amparo del vecino extraño que se ve obligado a litigar en la provincia y con los jueces de la contraria, por lo cual para que proceda, es necesario que lo invoque el vecino de extraña provincia, por cuanto a nadie le es dado declinar los jueces de su propio fuero.* El privilegio otorgado por razón de extranjería o distinta vecindad, en tanto tiene su fundamento en la garantía de imparcialidad, impone que la jurisdicción federal debe ser pedida por la persona aforada[20].

En este sentido, también cabe señalar que la procedencia del fuero federal por distinto domicilio, nacionalidad o vecindad, cuando se pretenda ejercer una acción solidaria contra varios demandados, exige que todos estos sean aforados al fuero de excepción[21].

iii) Competencia federal en razón del territorio

La atribución de competencia en razón del territorio se vincula, como su nombre lo indica, con la naturaleza federal de la zona donde acaecen los hechos de la causa. En los asuntos de índole patrimonial, es susceptible de prorrogarse a favor de los tribunales provinciales, dado

(20) CSJN, "Spezzano de Martín, Rosa María y otra c. Bonardo de Martín, Catalina", 1987/04/23, Fallos: 310:849, La Ley Online.

(21) El art. 10 de la ley 48 expresa: En las sociedades colectivas, y en general en todos los casos en que dos y más personas asignables pretendan ejercer una acción solidaria o sean demandadas por una obligación solidaria, para que caigan bajo la jurisdicción nacional, se atenderá a la nacionalidad o vecindad de todos los miembros de la sociedad o comunidad, de tal modo que será preciso que cada uno de ellos individualmente tengan el derecho de demandar, o pueda ser demandado ante los tribunales nacionales, con arreglo a lo dispuesto en el inc. 2° del art. 2°.

que ha sido establecida para facilitar la intervención de las partes en el proceso[22].

Surge la competencia federal por razón del lugar en el caso de los territorios nacionales, los establecimientos de utilidad nacional, las aguas interjurisdiccionales, alta mar y el espacio aéreo.

El primero de los supuestos, estos es, los territorios nacionales, ha perdido relevancia práctica, a partir de la provincialización en el año 1990 del último de ellos, mediante la ley 23.775, cuyo art. 1° declaró provincia al entonces Territorio Nacional de la Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur.

Con relación a los establecimientos de utilidad nacional, el art. 75 inc. 30 establece la concurrencia de jurisdicciones, zanjando así la antigua discusión doctrinaria y jurisprudencial sobre el fuero competente para juzgar de los hechos ocurridos en lugares reservados al Estado Nacional en tierras provinciales.

En este orden de ideas, teniendo en cuenta que el fundamento de la competencia federal es la afirmación de las atribuciones constitucionales de la Nación, si no se trata de causas que afecten los intereses del gobierno nacional que hacen a la finalidad perseguida por esos establecimientos, la competencia habrá de corresponder a la justicia ordinaria[23].

En cuanto a los espacios marítimos o aeronáuticos, la Corte, remitiendo al dictamen de la procuración, ha interpretado que "si el principio federal enseña que es inherente al Estado nacional todo lo que las provincias —origen de la soberanía patria— le han delegado, cuando se trate de ámbitos territoriales, marítimos o aéreos que las exceden espacialmente, la nación tiene jurisdicción plena, directa e indelegable"[24].

c) Concepto de "caso" o causa sujeta al conocimiento de la justicia

El sistema judicial argentino se inspira, fundamentalmente, en el modelo norteamericano. De acuerdo con sus principios básicos, la existencia de caso es requisito esencial para que el Poder Judicial pueda ejercer su función.

La tradicional ley 27, reglamentaria del art. 116 constitucional, dice en su art. 2° que la justicia nacional "no procede de oficio y sólo ejerce

(22) Ver arts. 1° y 2° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

(23) Ver Capítulo V. *El Estado Federal*, punto 3-b). También doctrina de Fallos: 301:1122, entre otros.

(24) CSJN, "Descalzo, Nicolás L.", 2005/10/25, Fallos: 328:3825; LA LEY, 2006-A, 524.

jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte".

Esta ley, sancionada en 1862, así como la ley 48 de 1863, las que estructuran aún hoy el sistema judicial federal, también reconocen su fuente en el ordenamiento de los Estados Unidos de América.

El señalado requisito de la "existencia de caso o controversia" se fundamenta en la observancia del principio de división de poderes, que vedaría al Poder Judicial expedirse sobre los actos de los otros departamentos de gobierno si no existe una causa concreta en la que deba determinarse el derecho debatido entre partes adversas.

Desde los albores de su institucionalidad, la Corte Suprema afirmó la improcedencia de la jurisdicción consultiva en el ámbito federal, diciendo que *"la misión de un Tribunal de justicia es aplicar las leyes a los casos ocurrentes, y su facultad de explicarlas e interpretarlas se ejerce solo aplicándolas a las controversias que se susciten ante ellos para el ejercicio de los derechos y cumplimiento de las obligaciones; y no puede pedirse que el Tribunal emita su opinión sobre una ley, sino aplicándola a un hecho señalando al contradictor"* (25).

Asimismo, en una de sus primeras sentencias, al analizar la solicitud formulada por varios comerciantes rosarinos sobre el alcance de las leyes de comercio y artículos de la Constitución Nacional vinculadas a ellas, el Tribunal declaró en forma breve y precisa que no era de su incumbencia hacer declaraciones generales en ningún caso (26).

En función de lo dicho en los párrafos anteriores, la definición clásica del requisito de la existencia de caso ha sido dada en un sentido negativo, cual es la de que el Poder Judicial no puede conocer ni decidir cuestiones abstractas o teóricas, es decir, aquellas en las que no se ventilan asuntos concretos del interés de las partes.

En este orden de ideas, la imposibilidad de resolver cuando la cuestión deviene abstracta en el curso del proceso, como fundamento asiduamente esgrimido por el Tribunal por no existir causa o caso contradictorio al momento de decidir, ha cedido en diversos casos cuando subsiste el interés institucional en el pronunciamiento sobre la cuestión federal que dio base al planteo, pese a que el interés subjetivo de la parte actora se haya tornado abstracto.

(25) En el caso "Pérez, José Roque", 1865/11/14, Fallos: 2:253, la Corte remite al procurador general quien, en su dictamen, afirma que el representante de la Provincia de Mendoza no había mencionado la persona del demandado, ni determinado lo que pedía, ni los fundamentos de su petición. En definitiva, si bien los hechos se habían originado en la desaprobación del título de un senador, de los documentos acompañados surgía que el pedido tendía a que se declarase si era constitucional o no la Legislatura provincial.

(26) Varios comerciantes rosarinos recurren al Poder Ejecutivo Nacional pidiendo una declaración que señale de un modo claro y preciso el espíritu y la letra de las leyes generales de comercio, y muy especialmente de los artículos 14 y 18 de la Constitución Nacional que sanciona el uso libre de la propiedad, y la inviolabilidad de la defensa en juicio de la persona y de los derechos, que constituyen parte de esa propiedad.

A título de ejemplo, en el caso "Bussi" (27), si bien se consideró que el interés subjetivo del demandante vinculado a la negativa de la Cámara de Diputados de incorporarlo como miembro de dicho cuerpo había devenido abstracto, la Corte emitió pronunciamiento con fundamento en la subsistencia del interés institucional en el resguardo de la soberanía del pueblo y la expresión de su voluntad, y la posibilidad de repetición del acto, lo cual configuraba la existencia de un caso federal.

La clásica concepción de caso contencioso se ve superada así por una "decisión esclarecedora" de un punto regido especialmente por la Constitución, que atiende el interés institucional comprometido, excediendo el interés de las partes (28).

Cabe señalar que esta noción restringida de los vocablos "causa" o "caso" susceptible de conocimiento por el Poder Judicial, con fundamento en una observancia rigurosa del principio de separación de poderes, impidió un desarrollo pleno del control de constitucionalidad en la Argentina (29).

Al examinar la evolución de la revisión constitucional de los actos de los otros poderes de gobierno, señala Petracchi que "una concepción demasiado estrecha de lo que puede ser un interés tutelable perjudicó las posibilidades de un efectivo control constitucional. Tal interés se identificaba con la reparación de lesiones materiales y excluía toda función declarativa de derechos o preventiva o impeditiva de daños como parte de la actividad jurisdiccional" (30).

La situación comienza a modificarse con la recepción jurisprudencial de la acción de amparo. Posteriormente, se admite la acción declarativa o de mera certeza como medio de revisión constitucional de los actos de los Poderes Legislativo y Ejecutivo (31).

(27) CSJN, "Bussi, Antonio D. c. Estado Nacional", 2007/07/13, Fallos: 330:3160, LA LEY 2007-E, 33.

(28) El interés institucional tenido en cuenta consistía en determinar los límites de la competencia de la Cámara de Diputados como "juez de las elecciones, derechos y títulos de sus miembros en cuanto a su validez", en los términos del art. 64 de la Constitución.

(29) PETRACCHI, ENRIQUE S., *Control judicial en la Argentina*, LA LEY, 1987-E, 709.

(30) Ob. cit.

(31) Ob. cit.

Sin embargo, la exigencia de caso contencioso sigue siendo presupuesto necesario para provocar la intervención del Poder Judicial. En este sentido, la ausencia del requisito se vincula estrechamente con la eventual carencia de legitimación procesal, cuando el peticionante no logra demostrar la existencia de un interés especial, directo inmediato, concreto o sustancial que permita tener por configurado un "caso contencioso"[32].

En cuanto a la acción declarativa, es jurisprudencia constante que "en tanto no tenga carácter simplemente consultivo, no importe una indagación meramente especulativa y responda a un "caso" que busque precaver los efectos de un acto en ciernes al que se atribuye ilegitimidad y lesión al régimen constitucional federal, constituye causa en los términos de la Ley Fundamental"[33].

De otro lado, la concepción clásica de la competencia de la justicia federal también se ha modificado como consecuencia del desarrollo de los derechos de incidencia colectiva. Al respecto, merece destacarse el análisis efectuado por la Corte Suprema en el caso "Halabi"[34]. Allí, luego de precisar, a los fines de la legitimación procesal, las tres categorías de derechos: individuales, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos, reafirmó la ineludible necesidad de comprobar la existencia de un "caso", conforme los arts. 116 de la Constitución Nacional y 2° de la ley 27. No obstante, precisó que el "caso" tiene una configuración típica diferente en cada una de las categorías, sujetando a su comprobación la procedencia formal del reclamo.

d) Aplicación del derecho común

El art. 75 inc. 12 de la Constitución le reconoce al Congreso de la Nación la facultad de dictar los Códigos en materia Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, ya sea en "cuerpos unificados o separados", tal como lo precisó el constituyente de reforma en 1994[35].

(32) Ver, entre otros, "Polino, Héctor y otro c. Poder Ejecutivo", 1994/04/07, Fallos: 317:335; LA LEY 1994-C, 294.

(33) Ver, entre otros, "Newland, Leonardo A. c. Provincia de Santiago del Estero", 1987/03/19, Fallos: 310:606, La Ley Online; y dictamen del Procurador General en "Hidronor S.A. c. Provincia de Neuquén", 1973/02/28, La Ley Online, en el cual se describe exhaustivamente la situación jurisprudencial previa a la admisión de la acción de certeza como medio de revisión constitucional y se sientan las bases de su procedencia.

(34) CSJN, "Halabi, Ernesto c. P.E.N., 2009/02/24, Fallos: 332:111; LA LEY 2009-B, 157.

(35) CSJN, "Castillo, Angel S. c. Cerámica Alberdi S.A.", 2004/09/07, Fallos: 327:3610, LA LEY 2005-A, 425.

Esta solución del derecho constitucional argentino tiene su fuente en el pensamiento de Alberdi, quien sostenía que "el país que tuviese tantos Códigos, civiles, comerciales y penales como Provincias, no sería un Estado, ni federal, ni unitario. Sería un caos". La Constitución de los Estados Unidos les reconoce a sus Estados la facultad de dictarse su propio derecho de fondo, lo que produce una gran disparidad normativa de uno a otro[36].

Los Códigos de fondo, integrados por el denominado derecho común, son leyes que regulan todos los contenidos propios de una determinada rama del derecho, de una manera ordenada y sistemática. Para tener una idea del concepto de derecho de fondo recurriremos a Joaquín V. González quien expresa que "las leyes comunes o los Códigos significan la Constitución extendida a las relaciones de los individuos, las corporaciones, del Estado mismo en su carácter de persona privada". Este tipo de normas son federales pero su aplicación queda a cargo de los tribunales provinciales. Por ello la cláusula hace referencia a la no alteración de las "jurisdicciones locales", reservando su aplicación *"a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones"*. La fórmula transcripta fue incorporada por la Convención Reformadora de 1860 con el propósito de evitar confusiones y asegurar la diversidad de jurisdicciones que caracterizan al sistema federal de gobierno[37].

En consecuencia, queda a cargo de las provincias el dictado de las normas de procedimiento correspondientes a cada uno de los Códigos. Asimismo, las controversias serán juzgadas por la justicia provincial de acuerdo a su propia organización, ya que nuestro art. 5° le reconoce al poder constituyente provincial autonomía en la materia; la única exigencia consiste en desarrollar la cuestión en la respectiva Constitución provincial.

i) Omisión de mencionar a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Con relación a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el art. 75 inc. 12 no la menciona expresamente, al formular la reserva jurisdiccional anexada por el constituyente de 1860, a la que nos hemos referido.

La norma de base contenida en el art. 129 ubicado en el capítulo correspondiente a los gobiernos de provincia otorga a la Ciudad facultades propias de jurisdicción. Asimismo la disposición transitoria decimoquinta establece que "hasta tanto se haya dictado el Estatuto Organizativo la

(36) SABSAY, DANIEL A. y ONAINDIA, JOSÉ M., *La Constitución de los Argentinos*, 6ª ed., Errepar, p. 227.

(37) CSJN, "Ramos, Raúl Alberto c. Batalla, Eduardo J.", 1970/10/21, Fallos: 276:62; LA LEY, 141-221.

designación y remoción de los jueces de la Ciudad de Buenos Aires se regirá por las disposiciones de los arts. 114 y 115 de esta Constitución".

No obstante, la ley 24.588 —denominada de garantía de los intereses de la Nación en la CABA—, con apego al silencio del constituyente en el mentado art. 75 inc. 12, ha otorgado facultades de jurisdicción a la Ciudad, limitadas a los fueros contravencional y de faltas, contencioso administrativo y tributario y vecinal. En este último caso, dice Zbar, parece evidente que el Congreso otorgó facultades judiciales para aplicar leyes civiles, pues no parece que esa legislación común pueda ser apartada de temas de vecindad. También el convenio de transferencia de competencias correccionales y penales abrió camino más allá de los límites de la ley 24.588[38].

A los fines de interpretar el segundo párrafo del art. 129, en cuanto prescribe que una ley garantizará los intereses del Estado Nacional, mientras la Ciudad de Buenos Aires sea capital de la Nación, conviene destacar que esos intereses deben responder a fines federales legítimos, esto es, que excedan los intereses propios de los vecinos de la nueva entidad de gobierno autónoma[39].

ii) Atribución de naturaleza federal a normas de derecho común

En algunas oportunidades el Congreso de la Nación estableció la competencia del fuero federal al reglamentar determinadas materias que, en principio, corresponden al derecho común.

Esta sustracción por vía legislativa de una facultad no delegada por las provincias importa una ampliación de las incumbencias de los tribunales federales contraria al principio de supremacía constitucional y al respeto de las autonomías provinciales.

Si bien la Corte convalidó en algunas ocasiones la sumisión de una causa a la justicia especial por vía legislativa, lo hizo sujetando la validez de la alteración de las jurisdicciones locales a la existencia de "necesidades reales y fines federales legítimos, impuestos por circunstancias de notoria seriedad, y no al mero arbitrio del legislador"[40]. Esto significa que la discrecionalidad del Congreso se encuentra severamente restringida por los preceptos contenidos en los artículos constitucionales 116 y 75 inciso 12.

(38) ZBAR, AGUSTÍN, *La Corte Suprema frente a la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires*, LA LEY, 2006-F, 1016.

(39) Ver nuestra interpretación en Capítulo VII. *La Ciudad de Buenos Aires.*

(40) Ver "Castillo, Angel S. c. Cerámica Alberdi S.A.", 2004/09/07, Fallos: 327:3610; LA LEY, 2005-A, 259, entre otros.

A título de ejemplo, citaremos la ley 20.661, en materia criminal, que agregó al art. 3° de la ley 48 el inciso 5°, extendiendo la competencia federal a ciertos delitos. En el fallo dictado en el caso "Fernández"[41], la Corte sostuvo, al examinar la reforma referida, que la finalidad de la federalización de esos delitos fue la de posibilitar la intervención de los jueces federales, en razón de que "su auge y peligrosidad hacen que constituyan una verdadera ofensa a la seguridad del Estado". Sin embargo, invirtiendo el criterio de excepción, admite la intervención de los jueces locales si el conocimiento prioritario de los tribunales federales, en principio competentes, determina de modo inequívoco que los hechos de la causa tienen estricta motivación particular y que, además, no existe posibilidad de que resulte afectada, directa o indirectamente, la seguridad del Estado Nacional o de alguna de sus instituciones.

En épocas recientes, merece destacarse la extensión de la jurisdicción federal a la materia laboral y de la seguridad social. En el caso "Castillo"[42], se declaró la inconstitucionalidad del art. 46, inc. 1, de la Ley de Riesgos del Trabajo, en cuanto establecía la competencia de la justicia federal para recurrir las resoluciones de las comisiones médicas provinciales.

Allí la Corte reafirmó su doctrina sobre la inadmisibilidad constitucional de que la Nación pueda, "al reglamentar materias que son como principio propias del derecho común, ejercer una potestad distinta de la que específicamente le confiere el citado art. 75, inc. 12 (pues) lo contrario implicaría tanto como reconocer que las pautas limitativas que fija la Constitución Nacional cuando se trata de derecho común, referentes a la no alteración de las jurisdicciones locales y a la aplicación de esas leyes por los tribunales de provincias si las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones, pueden ser obviadas por la sola voluntad del legislador"[43].

2. COMPETENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

a) Nociones generales

La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene un doble orden de competencias, según se desprende del art. 117 de la Constitución. Ellas

(41) CSJN, "Fernández, Manuel", 1974/10/15, Fallos: 290:62.

(42) CSJN, "Castillo, Angel S. c. Cerámica Alberdi S.A.", 2004/09/07, Fallos: 327:3610; LA LEY, 2005-A, 259.

(43) Fallo citado.

son, originaria y exclusiva y por apelación. A su vez, esta última se subdivide en ordinaria y extraordinaria.

Según lo ha establecido el propio Tribunal desde sus orígenes, siguiendo a su par norteamericano, la competencia originaria y exclusiva no puede ser ampliada ni restringida por vía de reglamentación del Congreso[44].

En cambio, la competencia por apelación está sujeta, tal como lo establece la norma constitucional, a las leyes reglamentarias.

b) Competencia por apelación

i) Competencia apelada ordinaria

La competencia por apelación ordinaria significa que la causa debe tramitar de manera previa ante los tribunales inferiores determinados por la legislación que dicte el Congreso. En este supuesto el ordenamiento legal prevé un procedimiento de instancia múltiple, donde en la decisión final podrán intervenir órganos de diferente jerarquía y subordinados entre sí.

En una primera época, la Corte actuó como tribunal de apelación de las causas tramitadas ante los jueces federales de primera instancia, denominados jueces de sección. Es a partir del dictado de la Ley 4055, de reforma de la justicia federal, que comienza a intervenir como tribunal de tercera instancia en virtud de la creación de las Cámaras Federales, con la finalidad de establecer "condiciones imprescindibles para que el Tribunal satisfaga el alto ministerio que le ha sido confiado; propósito al que contribuye la existencia de órganos judiciales "intermedios"[45].

Luego de derogarse la Constitución de 1949 y restablecerse la Constitución de 1853/60, el decreto-ley 1285/58 reglamentó las competencias de la Corte Suprema, en línea con las disposiciones de la ley 4055. En la materia que nos ocupa, el art. 24, inciso 6°, prescribe que el Tribunal entenderá por apelación ordinaria de las sentencias definitivas de las Cámaras Nacionales de Apelaciones, en los siguientes casos:

a) Causas en que la Nación directamente sea parte, cuando el valor disputado supere el mínimo legal establecido;

(44) CSJN, "Sojo, Eduardo c. Cámara de Diputados de la Nación", 1887/09/22; Fallos: 32:120.

(45) CNCasación Penal, en pleno, "Zichy Thyssen, Federico y otro", 2006/06/23, LA LEY, 2006-D, 450.

b) Extradición de criminales reclamados por países extranjeros; y

c) Causas a que dieren lugar los apresamientos o embargos marítimos en tiempo de guerra, sobre salvamento militar y sobre nacionalidad del buque, legitimidad de su patente o regularidad de s papeles.

En el año 1995, el Congreso sancionó la ley 24.463, de solidaridad pr visional, agregando a la nómina antedicha a las sentencias definitivas d la Cámara Federal de la Seguridad Social, cualquiera fuere el monto de juicio (art. 19).

La norma fue declarada inválida, diez años después de su entra en vigencia, por incurrir en lo que se denomina inconstitucionalidad s breviniente. En efecto, en el fallo "Itzcovich"[46], se expresa que "si bien es cierto que hasta el presente la Corte acató la jurisdicción reglada qu el Poder Legislativo le ha asignado mediante el recurso en cuestión, el no la inhabilita para declarar que la disposición impugnada, aunque n ostensiblemente incorrecta en su origen, ha devenido indefendible, pues no se adecua a los fines tomados en consideración para su sanción y e su aplicación práctica compromete el rol institucional del máximo trib nal y causa graves perjuicios a los justiciables en una etapa de la vida en que la tutela estatal resulta imprescindible"[47].

Como ya dijimos, la facultad conferida al Congreso por el art. 117 es concordante con la del art. 75 inciso 32, que le confiere al Congreso Fed ral, como función de cooperación, la atribución de hacer todas las leyes reglamentos que estime convenientes para poner en ejercicio los poderes públicos. Sin embargo, esta competencia legislativa está limitada por principio de razonabilidad que emana del art. 28 de la parte dogmátic disposición que tiene vigencia para toda la actividad reglamentaria de Congreso, y que impide alterar las incumbencias de los respectivos departamentos de gobierno, *como garantía de rechazo del despotismo*[48].

ii) El Recurso Extraordinario Federal

El recurso extraordinario reglamentado por la ley 48 en sus arts. 14. 15 y 16 configura, como su nombre lo indica, una competencia excepci nal de la Corte Suprema.

(46) CSJN, "Itzcovich, Mabel c. Administración Nacional de la Seguridad Social", 2005/03/29, Fallos: 328:566; LA LEY, 2005-F, 362.

(47) Ver considerando 10, voto de los Ministros Petracchi, Fayt y Highton de Nola co.

(48) Ver considerando 23, voto de los Ministros Maqueda y Zaffaroni.

"La esencia del recurso, dice Spota, su finalidad o telos, esto es su objetivo, es típicamente político, como que hace a la subsistencia del Estado federal, sobre la base del respeto a la distribución de competencias otorgadas al poder federal, el que en el ámbito de lo delegado tiene prelación y supremacía sobre los poderes locales".

En definitiva, el propósito que persigue la apelación extraordinaria es asegurar la supremacía de la Constitución Nacional, cuyo intérprete final es la Corte federal[49].

En este orden de ideas, "planteada una 'causa', no hay poder por encima de ella para resolver acerca de la existencia y los límites de las atribuciones constitucionales otorgadas a los departamentos Legislativo, Judicial y Ejecutivo, y del deslinde de atribuciones de éstos entre sí y con respecto a los de las provincias"[50].

Veamos ahora, someramente, las exigencias establecidas por los arts. 14 y 15 de la ley 48, para habilitar la vía extraordinaria. Dice el primero de ellos:

"Una vez radicado un juicio ante los tribunales de Provincia, será sentenciado y fenecido en la jurisdicción provincial, y sólo podrá apelarse a la Corte Suprema de las sentencias definitivas pronunciadas por los tribunales superiores de Provincia en los casos siguientes:

1. Cuando en el pleito se haya puesto en cuestión la validez de un tratado, de una ley del Congreso, o de una autoridad ejercida en nombre de la Nación, y la decisión haya sido contra su validez.

2. Cuando la validez de una ley, decreto o autoridad de provincia se haya puesto en cuestión bajo la pretensión de ser repugnante a la Constitución Nacional, o a los tratados o leyes del Congreso, y la decisión haya sido en favor de la validez o autoridad de provincia.

3. Cuando la inteligencia de alguna cláusula de la Constitución o de un tratado o ley del Congreso, o una comisión ejercida en nombre de la autoridad nacional haya sido cuestionada y la decisión sea contra la validez del título, derecho o privilegio o exención que se funda en dicha cláusula y sea materia de litigio.

Si observamos el primer párrafo, de allí derivan dos de los requisitos necesarios para la procedencia del remedio federal: existencia de sentencia definitiva y que ésta haya sido dictada por el superior tribunal de la causa.

(49) Este es un principio reiteradamente sostenido por la jurisprudencia del tribunal, a partir ya de 1864, en la sentencia registrada en Fallos: 1:340.

(50) Ver CSJN, "Peláez Víctor", 1995/10/19, Fallos: 318:1967; LA LEY, 1996-B, 210.

El requisito de la sentencia definitiva también se satisface con la demostración de un gravamen irreparable insusceptible de reparación ulterior, que irroga la decisión recurrida, aunque no sea la que pone fin al pleito, lo que permite equipararla a ésta por sus efectos.

El otro recaudo de admisibilidad que surge del referido enunciado es que la sentencia provenga del superior tribunal de provincia.

Al respecto, conviene señalar que, al examinar este condicionamiento a la procedencia del recurso, la Corte precisó en el caso "Strada" que "Una vez radicado un juicio ante los tribunales de provincia, será sentenciado y fenecido en la jurisdicción provincial, y sólo podrá apelarse a la Corte Suprema de las sentencias definitivas pronunciadas por los tribunales superiores de provincia"[51].

Y, además, que "la exigencia impuesta al litigante de agotar la instancias previstas en el orden local, tanto ordinarias como extraordinarias, como recaudo de admisibilidad del remedio federal tiene como presupuesto el reconocimiento ineludible de la aptitud jurisdiccional de los tribunales de todo el país para considerar y aplicar en su integridad la totalidad del orden jurídico del Estado, en cuya cúspide se encuentra la Constitución Nacional (art. 31)"[52].

Esto es, si la cuestión invocada como de naturaleza federal es apta para ser conocida por la vía del art. 14 de la ley 48, primero debe pronunciarse sobre dicha cuestión la máxima instancia judicial de la provincia. Recién a partir de ese pronunciamiento, quedaría habilitada, en su caso, la intervención de la Corte Suprema.

Ahora bien, los tres supuestos que reglamenta el art. 14 para abrir la instancia extraordinaria, y que configuran la "cuestión federal", permiten advertir que el recurso se creó para decidir cuestiones de derecho, en orden a resguardar las competencias federales. Por lo tanto, le resultaban ajenas las cuestiones de hecho y prueba y las de derecho común, reservadas a las justicias provinciales.

Posteriormente, la ley 4055, a la que ya nos hemos referido al tratar el recurso ordinario de apelación, extendió mediante su art. 6° la procedencia del recurso extraordinario en los casos previstos por el art. 14 de

(51) CSJN, "Strada, Juan L. c. Ocupantes del Perímetro Ubicado Entre las Calles Deán Funes, Saavedra, Barra y Cullen", 1986/04/08, Fallos: 308:490; LA LEY, 1986-B, 476.

(52) CSJN, "Christou, Hugo y otros c. Municipalidad de Tres de Febrero", 1987/02/19, Fallos: 310:324; LA LEY, 1987-D, 156.

la ley 48, contra las sentencias definitivas de las Cámaras Federales de apelación, de las Cámaras Nacionales y de los Tribunales Militares.

Algunos años más tarde el Tribunal admitió por vía pretoriana la causal de arbitrariedad de sentencia para abrir la instancia extraordinaria, con fundamento en la violación del derecho de propiedad y del debido proceso[53].

Mediante esta doctrina, destaca Morello, "se dejaron de lado las limitaciones que impedían ingresar a los hechos, a la valoración de la prueba y a revisar la aplicación de normas de derecho común, local o procesal, en tanto el razonamiento viciado podía alojarse en su fijación, valoración o interpretación, por la quiebra de la lógica de la motivación o el indebido tratamiento de la cuestión esencial que se aloja en la cuestión federal"[54].

La gravedad institucional es otro supuesto que hace a la procedencia del recurso extraordinario y también es creación del derecho judicial. La doctrina de la gravedad institucional permite al Alto Tribunal obviar requisitos formales de admisibilidad y asegurar su intervención en asuntos de trascendencia para la sociedad en su conjunto.

Según afirma Spota, la referida causal "importa la autohabilitación de la Corte Suprema, fundada en su sola apreciación; valoración no revisable, y típicamente política, en el sentido que, sin que necesariamente medie cuestión prevista en ninguno de los tres incisos del art. 14 de la ley 48, la Corte se entiende y considera capacitada para opinar y decidir en temas que, a su criterio, excediendo los intereses de las partes, incidan sobre la comunidad toda"[55].

Así fueron precisados los fundamentos de la doctrina en el caso "Jorge Antonio": "El recurso extraordinario ha sido instituido como el instrumento genérico para el ejercicio de la función jurisdiccional más alta de esta Corte, la que se satisface cabalmente, cuando están en juego problemas de gravedad institucional, con su decisión por ella, desde que su fallo es precisamente el fin de la jurisdicción eminente que le ha sido conferida, aun cuando su ejercicio puede promoverse en contiendas entre particulares. Lo mismo que la ausencia de interés institucional que la jurisprudencia contempla, por regla general, con el nombre de "cuestiones federales insustanciales", autoriza el rechazo de plano de

(53) CSJN, "Rey, Celestino M. c. Rocha, Alfredo y otro", 1909/12/02, Fallos: 112:384.

(54) MORELLO, AUGUSTO M. y ROSALES CUELLO, RAMIRO, *La competencia de la Corte Suprema: presente y futuro*, LA LEY, 2005-E, 1014.

(55) SPOTA, ALBERTO ANTONIO, *La Corte Suprema de Justicia de la Nación como parte del poder político del Estado*, LA LEY, 1990-B, 979.

la apelación extraordinaria (...), así también la existencia de aspectos de gravedad institucional puede justificar la intervención del tribunal superando los ápices procesales frustratorios del control constitucional de esta Corte"[56].

Ahora bien, más allá de las causales de procedencia de la apelación extraordinaria, la reglamentación del recurso creado por la ley 48 se integra con los arts. 15 y 16. El primero de ellos traduce dos exigencias esenciales para su admisibilidad formal, la fundamentación autónoma[57] y la relación directa e inmediata de la cuestión federal invocada y lo debatido y lo resuelto en el pleito.

Así, resulta imprescindible que en el escrito de referencia se exprese cual es el derecho federal lesionado, y la relación "directa e indirecta" que existe entre la garantía federal invocada y las cuestiones decididas por la sentencia, "formalidad que es necesaria para que el tribunal apelado se pronuncie con pleno conocimiento de causa al admitir o denegar el recurso"[58].

Finalmente, según el art. 16, si la Corte revoca el pronunciamiento apelado, debe hacer una declaratoria sobre el punto en discusión y devolver la causa para su nuevo juzgamiento. Pero, también tiene la atribución de resolver sobre el fondo del asunto y aun ordenar la ejecución de la sentencia.

iii) Acordada 4/2007

El 16 de marzo de 2007, el Máximo Tribunal dictó la Acordada 4 que aprueba el reglamento para la interposición del recurso extraordinario federal y el recurso de queja por denegación de aquél, y que constituye una sistematización de los requisitos exigidos por las leyes reglamen-

(56) CSJN, "Antonio, Jorge", 1960/10/28, Fallos: 248:189.

(57) La Corte Suprema, al referirse a la fundamentación autónoma, sostuvo que ella "consiste en que el escrito de interposición del recurso extraordinario traiga un prolijo relato de los hechos de la causa de relevancia principal, que permita vincularlos con las cuestiones que se plantean como de naturaleza federal a través de una crítica concreta y razonada de los argumentos en que se basa la sentencia que se impugna, sin que, incluso, valga a tal efecto una nueva crítica general a las líneas principales de la argumentación del pronunciamiento resistido, puesto que se exige rebatir todos y cada uno de los fundamentos en que el juzgador se apoyó para arribar a las conclusiones de que el apelante se agravia" (CSJN, "Servicios de Transporte Marítimo Argentina - Brasil c. Dirección Gral. Impositiva", 2005/02/22, DJ, 2005-2, 856).

(58) CSJN, "Provincia de Mendoza c. Sociedad Anónima Vitivinícola de Mendoza", 1919/06/05, Fallos: 129:276; La Ley Online.

tarias[59]. El incumplimiento de tales recaudos importa el rechazo del recurso, salvo que el Tribunal decida, según su sana discreción, que el incumplimiento no constituya un obstáculo insalvable para la admisibilidad de la pretensión recursiva[60].

iv) Certiorari

A partir de 1990, la reforma efectuada al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, autoriza en su art. 280 a la Corte Suprema a rechazar sin expresión de fundamentos el recurso extraordinario, cuando, según "su sana discreción", no existe agravio federal suficiente o las cuestiones planteadas resultan insustanciales o intrascendentes[61].

El propio Tribunal señaló que la finalidad más significativa del nuevo texto es la de destacar su emplazamiento en el orden de las instituciones que gobiernan a la Nación, posibilitando que su labor pueda concentrarse en aquellas cuestiones vinculadas con la custodia y salvaguarda de la supremacía de la Constitución Nacional[62].

La norma procesal fue objetada en su constitucionalidad, por la eventual afectación de los derechos consagrados en los arts. 14, 16, 17 y 31 de la Ley Suprema. Al respecto, la Corte sostiene, en invariable doctrina, que la desestimación de la apelación federal por la sola mención del art. 280 del Código Procesal no conculca los derechos invocados, ya que ello no importa afirmar la justicia o el acierto de la decisión recurrida, sino sólo que el Tribunal considera que no existen elementos en la causa que tornen manifiesta la presunta arbitrariedad alegada y por eso decide no pronunciarse sobre el punto[63].

---

(59) El doctor Fayt dijo en su voto concurrente que "constituye un fiel catálogo de los diversos requisitos que conocidos y reiterados precedentes del Tribunal vienen exigiendo con respecto a los escritos de interposición del recurso extraordinario, y de la presentación directa ante la denegación de aquél, por lo que no hay divergencias acerca de que la sistematización de los recaudos de que se trata sólo pone en ejercicio las atribuciones estrictamente reglamentarias con que cuenta esta Corte en los precisos y concordes términos contemplados por los arts. 18 de la ley 48, 10 de la ley 4055, 21 del decreto ley 1285/58 y 4° de la ley 25.488.

(60) Ver Observaciones generales, art. 11, Acordada N° 4/2007, 2007/03/16.

(61) El art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, reforma introducida por la ley 24.774 (ADLA, 1990-B, 1256), prescribe: "la Corte según su sana discreción y con la sola invocación de esta norma podrá rechazar el recurso extraordinario por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insuficientes o carentes de trascendencia".

(62) CSJN, "Asociación de Prestaciones Sociales para Empresarios c. Set S.A.", 1999/12/21, Fallos: 322:3217.

(63) Idem.

El instituto adoptado por el legislador nacional es conocido bajo la denominación de "writ of certiorari negativo", ya que faculta a la Corte, como dijimos, a rechazar discrecionalmente el recurso extraordinario sin fundamento alguno.

Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal, también ha reconocido que esta herramienta de selección dirigida a posibilitar su desarrollo institucional, no sólo lo habilitaría a desestimar los recursos que no superen los estándares del mencionado art. 280, sino también a considerar admisibles las apelaciones que involucren claramente cuestiones de trascendencia constitucional, no obstante la inobservancia de determinados recaudos formales[64].

c) Competencia originaria y exclusiva

Como su nombre lo indica la competencia originaria y exclusiva otorga sólo a la Corte Suprema el conocimiento, tramitación y decisión de la causa. Aquí se establece un sistema judicial de instancia única, reservado a aquellas que taxativamente enumera el art. 117 constitucional, las cuales no constituyen nuevos casos de jurisdicción federal, sino la selección de un grupo de los ya mencionados en el art. 116, pero, cuyo conocimiento se atribuye sólo al Máximo Tribunal de la República.

La Convención Reformadora de 1860 eliminó una de las causales de intervención originaria de la Corte, que consistía en la atribución de decidir los conflictos entre los poderes públicos de una misma provincia. La referida exclusión tuvo un significado institucional e histórico importante, ya que el otorgamiento de dicha atribución al tribunal federal implicaba una limitación a las autonomías provinciales, y un menosprecio del Poder Judicial de las provincias.

De acuerdo con la norma de base, son dos los supuestos de competencia originaria: los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y aquellos en que alguna provincia sea parte.

En primer lugar debe tenerse presente que, como ya dijimos, desde los inicios de su vida institucional, la Corte Suprema se autolimitó en sus incumbencias para conocer y decidir causas en instancia única y exclu-

---

(64) CSJN, Voto de los doctores Enrique S. Petracchi y Eduardo Moliné O'Connor en "Ekmekdjian, Miguel A. c. Sofovich, Gerardo y otros", 1992/07/07, Fallos: 315:1492; LA LEY, 1992-C, 543.

siva, lo cual determina la imposibilidad de ampliarla a otros supuestos no contemplados taxativamente en el texto fundamental[65].

Sin embargo, tampoco podemos atenernos a la literalidad de los términos de ambas hipótesis, pues, ello podría importar la desatención de los propósitos tenidos en cuenta por el constituyente.

En el caso de los asuntos concernientes a embajadores y ministros extranjeros, el Tribunal ha dicho en reiterada jurisprudencia, que la prerrogativa responde a la necesidad de preservar el respeto y la mutua consideración entre los Estados, asegurando para sus representantes diplomáticos las máximas garantías que, con arreglo a la práctica uniforme de las acciones, debe reconocérseles para el más eficaz cumplimiento de sus funciones[66].

Por su parte, el objeto de la jurisdicción originaria conferida por los arts. 116 y 117 en asuntos de distinta vecindad o extranjería de la parte litigante con una provincia no es otro —según lo ha expresado desde antiguo el Tribunal— que darles garantías a los particulares para sus reclamaciones, proporcionándoles jueces al abrigo de toda influencia y parcialidad[67].

Ahora bien, el límite lo constituye "el respeto al principio constitucional que consagra la autonomía de los estados provinciales, de manera de no perturbar su administración interna, porque si todos los actos de sus poderes pudieran ser objeto de una demanda ante la Corte vendría a ser ella quien gobernase a las provincias desapareciendo los gobiernos locales". Por ello, sólo procede en razón de las personas cuando a la condición de vecino de otra provincia —o de extranjero— se une el requisito de que el litigio asuma el carácter de "causa civil".

Restablecida la vigencia de la Constitución de 1853/60, el decreto-ley 1285/58 reglamentó, en su art. 24, la jurisdicción originaria.

Allí establece que la Corte Suprema conocerá originaria y exclusivamente *de todos los asuntos que versen entre dos o más provincias y los civiles entre una provincia y algún vecino o vecinos de otra o ciudadanos o súbditos extranjeros; de aquellos que versen entre una provincia y un estado extranjero; de las causas concernientes a embajadores u otros ministros diplomáticos extranjeros, a las personas que compongan la legación y a los individuos de su familia, del modo que una corte de justicia puede proceder con arreglo al derecho de gentes; y de las causas que versen sobre privilegios y exenciones de los cónsules extranjeros en su carácter público* (inciso 1°, primer párrafo).

(65) CSJN, "Sojo, Eduardo c. Cámara de Diputados de la Nación", 1887/09/22, Fallos: 32:120.

(66) Ver, entre otros, CSJN, "Jacobs, Klaus Gunter", 1987/03/17, Fallos: 310:567.

(67) CSJN, "Barreto, Alberto D. y otra c. Provincia de Buenos Aires y otro", 2006/03/21, Fallos: 329:759; LA LEY, 2006-C, 172.

i) Casos en que una provincia es parte

Con relación a las causas en que es parte una provincia, observamos que se prevén tres supuestos, a saber: asuntos entre dos o más provincias; causas civiles entre una provincia y un vecino de otra o un ciudadano extranjero y, finalmente, aquellas que versen entre una provincia y un estado extranjero. En este último caso se prevé el requerimiento de la conformidad del país en cuestión para ser sometido a juicio, en virtud del principio de la inmunidad de jurisdicción de los Estados.

La jurisprudencia del tribunal ha establecido algunas precisiones con el fin de preservar el adecuado respeto de la autonomía de los estados provinciales, el cual exige que se reserven a los jueces locales las causas en que lo sustancial del litigio versa sobre aspectos propios de la jurisdicción provincial. Sin perjuicio de que los aspectos federales involucrados en el pleito puedan ser susceptibles de oportuna tutela por vía del recurso extraordinario. En consecuencia, conforme los términos de los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional —anteriores 100 y 101— y 24, inc. 1° del decreto-ley 1285/58[68], la competencia originaria y exclusiva de la Corte Suprema tiene lugar en las causas en que es parte una provincia, en los supuestos en que lo debatido en el juicio sean cuestiones de orden federal o cuando, tratándose de causas civiles la contraparte sea argentina, con domicilio en otra provincia, o persona extranjera.

A su vez, por causas civiles deben entenderse aquellas nacidas de estipulaciones o contrato[69].

Este concepto riguroso de causa civil se expandió en la jurisprudencia de la Corte. Así, fueron comprendidas también, a los efectos de promover la competencia originaria, las pretensiones indemnizatorias de

(68) ADLA, XVIII-A, 587.

(69) En el caso "Resoagli, Luis c. Provincia de Corrientes", 1869/07/31, Fallos: 7:373, la Corte estableció su doctrina sobre la exigencia de causa civil para las causas entre una provincia y ciudadano extranjero —o vecino de otra provincia, en su caso— y definió el concepto de causa civil a esos efectos. Allí sostuvo que "el fuero creado por el artículo cien de la Constitución Federal para las causas entre una Provincia y un ciudadano extranjero, se refiere a aquellas que versan sobre acciones civiles, según se declara en los artículos primero y segundo de la ley sobre competencia de los Tribunales de la Nación; esto es, sobre derechos nacidos de estipulación o contrato".

los daños y perjuicios originados en la presunta "falta de servicio" en que podría incurrir uno de los órganos de la provincia demandada. A partir del pronunciamiento dictado el 6 de octubre de 1992 en la causa "De Gandia, Beatriz Isabel"(70), se concluyó en que tales procesos debían calificarse como causa civil en los términos del art. 24, inc. 1°, del decreto-ley 1285/58. Sobre la base de esta premisa, y acreditada la distinta vecindad, o extranjería del reclamante, procedía la competencia originaria del Tribunal.

En el caso "Barreto"(71), la Corte revisa su criterio y retorna a su antigua jurisprudencia restrictiva. Quedan excluidos, entonces, "los supuestos en los que, a pesar de demandarse restituciones, compensaciones o indemnizaciones de carácter civil, se requiere para su solución la aplicación de normas de derecho público provincial o el examen o revisión, en sentido estricto, de actos administrativos, legislativos o judiciales de las provincias en los que éstas procedieron dentro de las facultades propias reconocidas por los arts. 121 y ss. de la Constitución Nacional".

Un breve párrafo con respecto a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Hasta el presente, la Corte Suprema no la ha considerado provincia a los fines de surtir la competencia originaria(72). Sin embargo, este criterio, sustentado en la literalidad del art. 117, no ha sido desarrollado cualitativamente en el contexto del nuevo status constitucional de la Ciudad, con iguales atributos de autonomía que las provincias, más allá de las limitaciones que le impone el de constituir la sede del Gobierno Nacional.

Esta distinción efectuada por el Máximo Tribunal viola, además, el principio de igualdad entre los vecinos de la Ciudad y los de las provincias(73).

ii) Casos concernientes a embajadores y otros agentes diplomáticos

En lo atinente a las causas concernientes a embajadores u otros ministros diplomáticos extranjeros, el decreto ley extiende la prerrogativa a las personas que compongan la legación y a los individuos de su familia.

(70) Fallos: 315:2309.

(71) CSJN, "Barreto, Alberto D. y otra c. Provincia de Buenos Aires y otro", 2006/03/21, Fallos: 329:759; LA LEY, 2006-C, 172.

(72) CSJN, "Mendoza, Beatriz S. y otros c. Estado Nacional y otros", 2006/06/20, Fallos: 329:2316; LA LEY, 2006-D, 281.

(73) Ampliar en BIDART CAMPOS, GERMÁN, *La competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia y la Ciudad de Buenos Aires*, LA LEY, 2001-C, 730.

Seguidamente, menciona las causas que versen sobre privilegios y exenciones de los cónsules extranjeros en su carácter público.

Las causas concernientes a embajadores o ministros plenipotenciarios extranjeros son definidas como aquellas "que les afecten directamente por debatirse en ellas derechos que les asisten o porque comprometen su responsabilidad, así como las que en la misma forma afecten a las personas de su familia, o al personal de la embajada o legación que tenga carácter diplomático"(74).

A continuación establece que, a los fines de dar curso a las acciones contra las personas mencionadas, debe requerirse previamente, del respectivo embajador o ministro plenipotenciario, la conformidad de su gobierno para someterlas a juicio.

En cuanto a las causas concernientes a los cónsules extranjeros son "las seguidas por hechos o actos cumplidos en el ejercicio de sus funciones propias, siempre que en ellas se cuestione su responsabilidad civil o criminal".

3. MINISTERIO PÚBLICO

a) Concepto - Ubicación

La reforma constitucional de 1994 ha jerarquizado la figura del Ministerio Público como órgano extrapoder, al emplazarlo en una sección independiente de la que regula el Poder Judicial y otorgarle los atributos de independencia orgánica, autonomía funcional y autarquía financiera. De esta manera se pone fin a un largo período que se inicia con la reforma de 1860, oportunidad en que al modificarse la composición precisa de la Corte Suprema y la inclusión de fiscales que contenía el art. 91 del texto de 1853, la cuestión es dejada en manos del legislador. Así, durante casi un siglo y medio imperó una verdadera anarquía en la materia dados los vaivenes de las soluciones legislativas que se fueron sumando en el tiempo. Ello dio lugar a la existencia de diferentes tesituras con relación a la ubicación funcional de este órgano en las diferentes regulaciones de que fue objeto. De tal modo que se lo consideró como integrante del Poder Judicial o exclusivamente de la Corte Suprema, como así también como parte del Poder Ejecutivo de conformidad con el régimen que estableció la ley 23.774.

(74) Art. 24, inc. 1° *in fine*, decreto-ley 1285/58 y Fallos: 322:1809, entre muchos otros.

Cabe recordar que el Ministerio Público no integró el "núcleo de coincidencias básicas" de la ley 24.309, por lo tanto pudo ser discutido ampliamente en el seno de la Convención, ya que fue objeto de varios proyectos. Sin embargo, la forma definitiva del texto que a continuación transcribimos fue dada primero por la Comisión sobre Organos de Control y luego por la de Redacción del órgano constituyente.

Dice el 120 de de la Constitución: *El Ministerio Público es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera, que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República.*

Está integrado por un procurador general de la Nación y un defensor general de la Nación y los demás miembros que la ley establezca.

Sus miembros gozan de inmunidades funcionales e intangibilidad de remuneraciones.

Esta única cláusula que regula la institución en el texto supremo deja sin resolver algunos problemas que existían durante la vigencia del régimen anterior, en orden a garantizar la independencia del órgano, en especial, respecto del Poder Ejecutivo.

En efecto, el constituyente dejó librado a la discrecionalidad del Congreso cuestiones fundamentales, tales como la forma de designación y remoción de sus integrantes, así como la duración en los cargos, ya que no les otorga la garantía de inamovilidad, sino solamente la de intangibilidad de las remuneraciones. Tampoco define el alcance de las inmunidades funcionales que les confiere.

Si bien la sucinta fórmula adoptada en el seno de la convención reformadora revela el mínimo acuerdo alcanzado por los distintos sectores políticos, no puede soslayarse el importante avance que significa haber zanjado la controvertida discusión doctrinaria acerca de la inclusión del Ministerio Público en la tríada clásica de poderes. En este sentido, su ubicación como órgano extrapoder obedece a los términos de la habilitación conferida por el art. 3º, punto g) de la ley declarativa de la necesidad de la reforma. Además, pese a las imprecisiones aludidas, el legislador tiene el límite infranqueable de las cualidades de independencia orgánica y autonomía funcional con las que se ha dotado a esta magistratura. En consecuencia, no obstante las eventuales mayorías parlamentarias, cualquier precepto que se oponga a esos atributos es susceptible de control de constitucionalidad.

Coincidimos con Medaura que uno de los aspectos más importantes del art. 120 es la primera parte de su primer párrafo, según el cual,

"el Ministerio Público fue investido de *independencia* (la que traza una frontera externa que impide cualquier injerencia de los poderes del Estado), *autonomía funcional* (la que implica que, interna y externamente el Ministerio Público no se halle subordinado a ningún poder u órgano del Estado) y *autarquía financiera* (la que significa que el Ministerio Público tiene a su entera disposición la administración de sus fondos, por lo que no ha de quedar en materia financiera sometido a ningún órgano)[75].

Asimismo, el deber del Ministerio Público de actuar *en coordinación con las demás autoridades de la República* no podría sujetarse a ninguna disposición que subordine el ejercicio de sus competencias propias a la actuación de otro poder del Estado, sin que ello entre en colisión con el principio de jerarquía normativa.

b) Función y actuación

El Congreso Nacional dictó la ley 24.946, a la que remite el segundo párrafo del art. 120, el 11 de marzo de 1998. El cuerpo legal fue promulgado parcialmente por el Poder Ejecutivo Nacional el 18 de marzo del mismo año y resultó observada la disposición contenida en el tercer párrafo del artículo 22, que no permitía al Poder Ejecutivo imponer modificaciones al proyecto de presupuesto elaborado por el Ministerio Público[76].

En su primer artículo dispone, reafirmando los términos constitucionales, que la función esencial del Ministerio Público es la de promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad.

En armonía con el espíritu y finalidad del texto fundamental, establece que debe ejercer sus funciones con unidad de actuación e independencia, en coordinación con las demás autoridades de la Nación, *pero sin sujeción a instrucciones o directivas emanadas de órganos ajenos a su estructura.*

Esta libertad de actuación no sólo se evidencia con relación a los otros poderes del Estado, sino dentro de la propia estructura jerárquica del órgano. Conforme lo determina el artículo primero en su tercer párrafo, el principio de unidad de actuación debe entenderse sin perjuicio de la autonomía que corresponda a cada uno de sus miembros en virtud

(75) MEDAURA, DANIELA ANDREA, *El Ministerio Público Nacional: De la anarquía legislativa a su regulación constitucional y legal*, en: SABSAY, D. (dir.) y MANILI, P. (coord.), *La Constitución Argentina*, Ed. Hammurabi, t. IV (próxima aparición).

(76) Decreto 300/98.

de la especificidad de sus funciones y los diversos intereses que deben atender.

Las cualidades de independencia y autonomía, que caracterizan al Ministerio Público, se vinculan indisolublemente con la garantía de imparcialidad. A su vez, aseguran la defensa del principio de legalidad, al evitar que su actuación esté condicionada por los eventuales destinatarios de las normas aplicables.

En el ámbito del derecho procesal penal, la incorporación del art. 120 importa una clara decisión del constituyente a favor de una rígida división entre las funciones de perseguir y acusar y las facultades decisorias, esto es, las de juzgar y punir [77].

En este aspecto, la Corte Suprema se pronunció de manera categórica al fallar en el caso "Quiroga" [78], declarando la inconstitucionalidad del art. 348 del Código Penal en cuanto autoriza a la Cámara de Apelaciones, en los casos en que el juez no está de acuerdo con el pedido de sobreseimiento del fiscal, a apartarlo e instruir al que designe el fiscal de Cámara, a los fines de producir la elevación a juicio.

Allí sostuvo el doctor Fayt, en su voto concurrente, que "las cualidades de independencia —no subordinado a otro poder— y de autonomía funcional —que no recibe instrucciones de ninguna autoridad—, que hoy ostentan jerarquía constitucional, obligan a considerar inconstitucional cualquier norma inferior, que consagre precisamente lo opuesto: que otro poder —como el judicial— "aparte" e "instruya" a los fiscales respecto de una función competencial propia" [79].

Una cuestión diversa es la que se suscita con relación al límite de las facultades del Poder Judicial para el juzgamiento de los delitos, luego de promovida la acción penal por parte del Ministerio Público. Con anterioridad a la reforma, la Corte falló en el caso "Tarifeño", declarando la nulidad del fallo de condena por haberse violado la defensa en juicio y el debido proceso, en cuanto el fiscal había solicitado la libre absolución del imputado en la etapa del debate. Según el criterio del Alto Tribunal, ello importaba la inobservancia de las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia. Esta postura se mantuvo, con algunas oscilaciones, hasta la actualidad [80]. Sin embargo, existen

(77) Ver Capítulo X, *Las garantías de la libertad y de la seguridad jurídica. El modelo de enjuiciamiento diagramado por la Constitución.*

(78) Ver CSJN, Fallos: 328: 5863.

(79) Ver CSJN, Fallos: 325, 2019.

(80) Ver, especialmente, casos "Marcilese" donde modifica su doctrina, y "Mostaccio", en la cual la retoma, con diferentes mayorías; CSJN, Fallos: 325:2005 y 327:120, respectivamente.

divergencias doctrinarias respecto de las potestades acusatorias del fiscal y la competencia del juez de decidir de acuerdo a la valoración de la prueba producida.

Este nuevo paradigma constitucional, que importa la constitucionalización del Ministerio Público, no sólo incide en el proceso penal. Sus principios rectores vinculados a asegurar un adecuado servicio de justicia, que garantice la vigencia del imperio de la ley y la defensa de los intereses de los justiciables, se proyectan sobre un amplio espectro de facultades que la ley le concede. Entre ellas, cabe destacar las que se derivan del art. 41 inc. a) de la ley 24.946, en cuanto define competencias íntimamente vinculadas a la calidad de vida de los habitantes. La norma habilita al Ministerio Público Fiscal a *hacerse parte en todas las causas o trámites judiciales en que el interés público lo requiera de acuerdo con el artículo 120 de la Constitución Nacional, a fin de asegurar el respeto al debido proceso, la defensa del interés público y el efectivo cumplimiento de la legislación, así como para prevenir, evitar o remediar daños causados o que puedan causarse al patrimonio social, a la salud y al medio ambiente, al consumidor, a bienes o derechos de valor artístico, histórico o paisajístico en los casos y mediante los procedimientos que las leyes establezcan.*

En lo atinente a la defensa de los derechos humanos de quienes se hallan privados de su libertad, el Ministerio Público debe velar para que las personas alojadas en establecimientos carcelarios o de internación psiquiátrica sean tratados con el respeto debido a su persona, no sean sometidos a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes y tengan oportuna asistencia jurídica y médica, promoviendo las acciones correspondientes cuando se verifique violación [81].

Asimismo, las atribuciones conferidas al Ministerio Público de la Defensa, tendientes a la promoción y ejecución de políticas que faciliten el acceso a la justicia de los sectores discriminados [82], se insertan en el contexto de las obligaciones internacionales contraídas por el Estado, en su condición de parte de diversos tratados sobre derechos humanos, muchos de ellos con jerarquía constitucional.

En cuanto a las funciones cuyo ejercicio la ley veda expresamente, con el fin de garantizar la independencia orgánica de la institución, su art. 27 dispone que se halla excluida la representación del Estado en juicio, así como el asesoramiento permanente al Poder Ejecutivo y el ejercicio de funciones jurisdiccionales.

(81) Artículo 25, l).

(82) Artículo 51, e).

A los fines del cumplimiento de esta disposición, la ley establece que la representación del Estado en juicio debe ser ejercida por integrantes del Cuerpo de Abogados del Estado[83].

c) Composición

La ley 24.946 determina en su segundo artículo que el Ministerio Público está compuesto por el Ministerio Público Fiscal y el Ministerio Público de la Defensa.

El carácter bicéfalo de la institución ha sido ponderado por la reglamentación que crea la figura del Defensor General de la Nación, con la misma jerarquía que la del Procurador General, estableciendo principios comunes respecto de ambos órganos. Con ello se garantiza aún más su autonomía funcional, al definir al ministerio de la defensa con su propio superior jerárquico.

En los dos artículos siguientes, la ley estructura jerárquicamente la integración de ambos Ministerios, definiendo su representación ante las distintas instancias judiciales.

Un aspecto que merece señalarse es el rango otorgado a la Fiscalía de Investigaciones Administrativas, al reglamentar la institución en el ámbito del Ministerio Público Fiscal, con iguales privilegios que el resto de sus integrantes de acuerdo a su jerarquía.

En armonía con esta decisión legislativa, se deroga expresamente la ley 21.383, excluyendo así este trascendente órgano de control de la función pública de la esfera de la administración[84].

La decisión legislativa concuerda con la voluntad del constituyente manifestada en el nuevo art. 36 de la Ley Suprema y con las responsabilidades internacionales asumidas por la República Argentina en el orden internacional[85].

---

(83) Artículo 66.

(84) Su artículo 2º ponía en manos del Poder Ejecutivo la designación del Fiscal General, quien permanecería en sus funciones mientras durara su buena conducta. Si bien la remoción debía sujetarse a juicio político, ello no fue óbice para que la Corte Suprema, en su voto de mayoría, estableciera que la remoción de quien ocupa el cargo de Fiscal General de Investigaciones Administrativas puede ser dispuesta mediante un acto emanado del Poder Ejecutivo Nacional, a quien la ley orgánica acuerda la potestad de designarlo (ver CSJN, "Molinas, Ricardo", Fallos: 314:1091).

(85) El Estado Argentino es parte de la Convención Interamericana contra la Corrupción, ley 24.759 y de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, ley 26.097.

d) Designación y remoción de sus integrantes

El procedimiento de designación establecido por la ley 24.946 distingue dos casos:

a) el Procurador General de la Nación y el Defensor General de la Nación son designados por el Poder Ejecutivo Nacional, previo acuerdo del Senado, otorgado por los dos tercios de los miembros presentes en la sesión correspondiente.

b) los funcionarios inferiores son designados a propuesta en terna del Procurador General o del Defensor General, por el Poder Ejecutivo Nacional, previo acuerdo del Senado, con el voto de la mayoría simple de sus miembros presentes.

El legislador ha establecido un sistema de concurso público de oposición y antecedentes para la formación de las ternas referidas precedentemente el que debe sustanciarse ante un tribunal especial convocado por el Procurador General o el Defensor General, en su caso.

A efectos de garantizar la imparcialidad y transparencia de la actuación de los integrantes de este órgano, se establecen estrictas incompatibilidades, de similar alcance a las previstas para los miembros del Poder Judicial. Los miembros del Ministerio Público no pueden ejercer la abogacía ni la representación de terceros en juicio ni pueden ejercer sus funciones si son parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad de los jueces ante quienes les corresponda desempeñar su ministerio.

La ley reglamentaria confiere a los miembros del Ministerio Público la garantía de estabilidad mientras dure su buena conducta y hasta los 75 años de edad. Al alcanzar dicha edad quedan sujetos a un nuevo nombramiento con un término de cinco años.

- Mecanismos de remoción

Al igual que para los nombramientos, la ley establece dos supuestos:

a) El Procurador General y el Defensor General pueden ser removidos por las causales y mediante el procedimiento de juicio político previsto en los arts. 53 y 59 de la Constitución.

b) El resto de los magistrados sólo pueden ser removidos de sus cargos por el Tribunal de Enjuiciamiento, que crea la ley a tales efectos, por las causales de mal desempeño, grave negligencia o por la comisión de delitos dolosos.

e) Inmunidades

Se les concede a los miembros del Ministerio Público inmunidad de arresto —excepto el caso de ser sorprendidos "in fraganti delito"— y se los exime del deber de comparecer a prestar declaración como testigos ante los tribunales, pudiendo sustituir tal acto por la declaración escrita.

En lo atinente a la inmunidad de expresión, la ley no la menciona, pero, existen antecedentes jurisprudenciales.

Antes de la reforma de 1994, la Corte Suprema juzgó irrazonable admitir el enjuiciamiento de los fiscales por delitos contra el honor que pudieran derivarse del cumplimiento de sus funciones, pues, de lo contrario, se menoscabarían los intereses generales que les han sido confiados[86].

Con posterioridad a la vigencia del actual art. 120 de la Constitución y su ley reglamentaria, la Cámara Nacional de Casación ordenó el archivo, por improcedente, de una querella promovida contra un fiscal general, con base, entre otras razones, en esa doctrina. Llegadas las actuaciones a la Corte Suprema, ésta rechazó el recurso por falta de fundamentación suficiente. Así, ratificó su criterio relativo a la inexistencia de delito como consecuencia de la inmunidad de expresión[87].

f) Autarquía financiera

La ley orgánica regula la garantía de autarquía financiera otorgada en el primer párrafo del art. 120 de la Constitución, asegurando al Ministerio Público crédito presupuestario propio, que debe ser atendido con cargo a rentas generales y con recursos específicos. El proyecto de presupuesto se remite al Congreso para su consideración, por intermedio del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos. El Procurador General y el Defensor General tienen a su cargo el gobierno y la administración financiera del Ministerio Público.

Luego, la ley establece la obligación de dichos órganos de elevar al Congreso, en oportunidad de la inauguración de las sesiones ordinarias y a través de la Comisión Bicameral que crea, un informe detallado de lo actuado en el ejercicio y una evaluación del trabajo realizado.

(86) Ver "Virgolini, Julio", CSJN, Fallos: 308: 2540; LA LEY, 1987-B, 84.
(87) Ver "Romero Victorica", CSJN, Fallos: 324:3397.

BIBLIOGRAFÍA

- ALSINA, HUGO, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Ediar, Buenos Aires, 1963.
- BIDART CAMPOS, GERMÁN, *La competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia y la Ciudad de Buenos Aires*, LA LEY, 2001-C, 730.
- MEDAURA, DANIELA ANDREA, *El Ministerio Público Nacional: De la anarquía legislativa a su regulación constitucional y legal*, en: SABSAY, D. (dir.) y MANILI, P. (coord.), *La Constitución Argentina*, Ed. Hammurabi, t. IV (próxima aparición).
- MERTIHIKIAN, EDUARDO, *La Responsabilidad pública - Análisis de la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema*, Ed. Abaco de Rodolfo Depalma.
- MORELLO, AUGUSTO M. y ROSALES CUELLO, RAMIRO, *La competencia de la Corte Suprema: presente y futuro*, LA LEY, 2005-E, 1014.
- MUÑOZ, GUILLERMO ANDRÉS, *El reclamo administrativo previo*, LA LEY, 1988-A, 1048.
- PETRACCHI, ENRIQUE S., *Control judicial en la Argentina*, LA LEY, 1987-E, 709.
- SABSAY, DANIEL A. y ONAINDIA, JOSÉ M., *La Constitución de los Argentinos*, 7ª ed., Errepar, Buenos Aires, 2009.
- SPOTA, ALBERTO ANTONIO, *La Corte Suprema de Justicia de la Nación como parte del poder político del Estado*, LA LEY, 1990-B, 979.
- STORY, J., *Poder Judicial en los Estados Unidos de América. Su organización y atribuciones*, trad. J. M. Cantilo, Buenos Aires, 1863.
- ZBAR, AGUSTÍN, *La Corte Suprema frente a la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires*, LA LEY, 2006-F, 1016.